FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

föredraget den 11 juli 1996 *

A — Inledning

1. I förevarande mål har Cour du travail de Liège ställt två frågor om tillämpningen och tolkningen av 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], avseende särskilt huruvida direktivet är tillämpligt på överlåtelser av företag i likvidation.

2. Till grund för förfarandet ligger en rättstvist mellan å ena sidan Jules Dethier Équipement SA och å andra sidan Jules Dassy och Sprl Sovam, i likvidation, vilket är Jules Dassys tidigare arbetsgivare.

3. Jules Dassy var sedan början av år 1974 anställd vid Sprl Sovam som chef för kundtjänst. I början av nittiotalet fick bolaget ekonomiska svårigheter, och dess omsättning minskade markant. Av en revisorsrapport från mars 1991 framgick att bolagets tillgångar minskat så att det understeg det egna kapitalet. Då delägarna inte kunde enas om vidare åtgärder ansökte bolaget till sist om att ett tvångslikvidationsförfarande skulle inledas. Tribunal de commerce de Huy beslutade den 15 maj 1991 om tvångslikvidation och förordnade en likvidator.

4. Enligt den nationella domstolen och kommissionen avser i belgisk rätt likvidation av ett bolag alla de åtgärder som efter upplösandet av ett bolag syftar till att tillgodose borgenärerna med bolagets tillgångar och att fördela ett eventuellt överskott mellan delägarna. Detta förfarande är tillämpligt på alla bolag som är juridisk person. Därvid är det oväsentligt på vilken grund bolaget upplöses. Under likvidationen handlar bolaget genom likvidatorn. Denne är bolagets företrädare gentemot tredje man. Enligt lag utses likvidatorer antingen genom att anges i bolagets stadga eller utses vid bolagsstämman. Om stämman inte med erforderlig majoritet enas om en kandidat utser rätten en likvidator. I

* Originalspråk: tyska.

1 — EGT L 61, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2.

det sistnämnda fallet är det fråga om tvångslikvidation, vilket också avses här. Den enda skillnaden gentemot frivillig likvidation är förfarandet för utseende av likvidator.

5. Den 5 juni 1991 sade den av rätten utsedde likvidatorn upp Jules Dassys anställningsavtal.

6. Likvidatorn överlät genom avtal av den 27 juni 1991 bolaget i likvidation till SA Jules Dethier Equipement. Denna överlåtelse mellan likvidatorn och SA Jules Dethier Equipement fastställdes den 10 juli 1991 av Tribunal de commerce. Den nationella domstolen och kommissionen är båda av den meningen att denna rättsliga fastställelse inte var nödvändig. Den är under alla omständigheter inte nödvändig för likvidationsförfarandet.

7. Den 22 maj 1992 väckte Jules Dassy talan mot SA Jules Dethier Equipement som han på grund av den avtalade överlåtelsen ansåg vara solidariskt ansvarigt för Sprl Sovams, i likvidation, skulder. Tribunal de commerce fastställde fordran på bolaget i likvidation till ett belopp om 1 643 726 BFR och fastställde SA Jules Dethier Equipements solidariska ansvar i dom.

8. Den nationella domstolen, Cour du travail de Liège, har nu att behandla ett överklagande från SA Jules Dethier Equipement. Enligt dess uppfattning föreligger det en företagsöverlåtelse i den mening som avses i direktiv 77/187. Detta till trots kan det enligt den nationella domstolen ifrågasättas om direktivet är tillämpligt i förevarande fall, då det inte är säkert att en överlåtelse av ett bolag i likvidation utgör en sådan företagsöverlåtelse som avses i artikel 1.1 i direktivet.

9. I artikel 1.1 i direktivet föreskrivs följande:

"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. Skyddet för arbetstagares rättigheter vid företagsöverlåtelser regleras i artikel 3.1 enligt följande:

"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.

..."

11. För att hindra kringgående av regleringen förskrivs i artikel 4 ett förbud mot uppsägning enbart med anledning av företagsöverlåtelsen. I artikel 4.1 anges följande:

"Överlåtelsen av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet skall i sig inte utgöra skäl för uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida. Denna bestämmelse skall dock inte hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår."

12. Slutligen anges i artikel 7 en möjlighet för medlemsstaterna att tillämpa eller utfärda lagar eller andra författningar som är gynnsammare för arbetstagarna.

13. Enligt den nationella domstolen har direktivets bestämmelser införlivats med belgisk rätt genom kollektivavtal nr 32 a i den version som framgår av kollektivavtal nr 32 c. I detta kollektivavtal föreskrivs att arbetstagarens rättigheter skall skyddas vid alla byten av arbetsgivare på grund av avtalade företagsöverlåtelser. Dessutom tillförsäkras arbetstagare som återanställs i samband med en företagsöverlåtelse efter en konkurs eller ett tvångsackord vissa rättigheter. Kollektivavtal nr 32 var inte tillämpligt på fall av konkurs och liknande förfaranden. Parterna i kollektivavtal nr 32 a var emellertid av den meningen att arbetstagarna vid ett företag som försatts i konkurs, eller är föremål för tvångsackord, befinner sig i samma situation som personalen vid ett företag som överlåtits, och att följaktligen även dessa förtjänar ett minimiskydd.

14. I kollektivavtalet föreskrivs vidare att överlåtaren och förvärvaren är solidariskt ansvariga för skulder som föreligger vid tidpunkten för övergången och som följer av vid denna tidpunkt gällande anställningsförhållanden.

15. För det fall direktivet skulle vara tillämpligt i förevarande fall har den nationella domstolen vidare frågat om en uppsägning av ett anställningsförhållande som sker omedelbart före överlåtelsen av bolaget skall bedömas enligt reglerna i direktivet.

16. Den nationella domstolen har följaktligen ställt följande frågor till domstolen:

"1. Är rådets direktiv 77/187 tillämpligt då det överlåtande bolaget är försatt i frivillig likvidation, vilket förfarande — då företaget inte fortsätter sin verksamhet — har till syfte att realisera tillgångarna? Är svaret detsamma då överlåtaren är ett bolag i tvångslikvidation?

2. Kan uppsägningar av den personal som inte återanställts av förvärvaren anses vara uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl i den mening som avses i artikel 4.1 i direktivet i de fall då likvidatorn säger upp samtliga arbetstagares anställningsavtal och enbart vissa arbetstagare återanställs för genomförandet av likvidationen? Skall befogenheten att säga upp arbetstagare på dessa grunder i stället tillkomma endast förvärvaren?

Kan de arbetstagare som inte återanställts av förvärvaren, enbart på den grunden att en ekonomisk enhet har överlåtits strax efter det att de sagts upp av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, gentemot förvärvaren göra gällande att uppsägningen är rättsstridig även om det i avtalet om överlåtelse inte föreskrivs att de skall återanställas?"

B — Bedömning

Den första frågan

17. Genom den första frågan önskar den nationella domstolen få veta om direktiv 77/187 är tillämpligt då det överlåtande bolaget är försatt i likvidation. Av frågans formulering och beslutet om hänskjutande framgår att den nationella domstolen anser att det har skett en företagsöverlåtelse i den mening som avses i direktivet. Den nationella domstolen har gjort förtydligandet att likvidatorn för Sprl Sovam, i likvidation och för SA Jules Dethier Equipement har upprättat ett avtal om överlåtelse av tillgångarna. I detta avtal fastställdes bland annat att likvidatorn genom ett belopp om 2 miljoner BFR skulle överlåta rörelsen (import, försäljning av hushållsapparater, uppförande och underhåll av byggnader). Dit hörde följande:

— kundkrets, firma och varumärken,

— kontorsmöbler, maskiner, teknisk utrustning och löpande material,

— alla överlåtarens patent, koncessioner och licenser,

— rätten enligt hyreskontrakt.

Avtalet innehöll jämte andra bestämmelser också en skyldighet för förvärvaren att på samma villkor återanställa tre namngivna arbetstagare och att meddela överlåtaren eventuella andra återanställningar. Enligt den nationella domstolens uppfattning omfattar avtalet följaktligen Sprl Sovams, i likvidation, hela verksamhet. Med stöd av domstolens rättspraxis har den nationella domstolen dragit slutsatsen att det i förevarande fall rör sig om en företagsöverlåtelse i den mening som avses i direktivet.

18. Enligt domstolens fasta rättspraxis ankommer det på den nationella domstolen att på grundval av de kriterier som fastställts av domstolen avgöra om det i ett visst fall rör sig om en avtalsenlig företagsöverlåtelse i den mening som avses i direktivet. [2]

19. Den nationella domstolen har emellertid frågat om det också är fråga om en avtalsenlig överlåtelse i fall då det överlåtande bolaget är försatt i likvidation.

20. I detta sammanhang skall påpekas att domstolen i målet Abels [3] fastslog att tillämpningsområdet för artikel 1.1 i direktiv 77/187 inte kan fastställas enbart på grundval av en bokstavstolkning. De olika språkversionerna av denna bestämmelse och de skillnader i begreppsinnehåll som förekommer beträffande avtalsenlig överlåtelse i konkurslagstiftningen i enskilda medlemsstater gör detta omöjligt. Av detta skäl är det, enligt domstolen, viktigt att klargöra innebörden av bestämmelsen "med beaktande av direktivets uppbyggnad, dess plats i det gemenskapsrättsliga systemet i förhållande till konkursbestämmelserna och dess syfte". [4]

21. Beträffande förhållandet mellan direktivet och konkurslagstiftningen har domstolen hänvisat till de särskilda förfaranden som kännetecknar konkurslagstiftningen och som syftar till att tillgodose olika intressen, särskilt de olika borgenärsgruppernas intressen. Dessa särdrag förekommer i alla medlemsstaternas rättsordningar och fastställs genom gemenskapsrätten. Mot bakgrund av att konkursbestämmelserna i medlemsstaternas rättsordningar och i gemenskapsrätten är

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

3 — Dom av den 7 februari 1985 i mål 135/83 (REG 1985, s. 469; svensk specialutgåva, häfte 8).

4 — Ibidem, punkt 11—13.

underkastade särskilda föreskrifter och att dessa föreskrifter skiljer sig mycket mellan de enskilda medlemsstaterna, anser domstolen att om direktivet hade varit ägnat att tillämpas även på överlåtelser av företag som var föremål för dessa förfaranden, så skulle direktivet ha innehållit en uttrycklig bestämmelse om detta.

22. Denna tolkning är, enligt domstolens mening, lämplig också med avseende på direktivets syfte. Detta är att förhindra att strukturförändringar inom den gemensamma marknaden får negativa följder för arbetstagarna vid de berörda företagen. Då följderna av att direktivet tillämpas på konkursförfaranden bedöms mycket olika vad beträffar skyddet för arbetstagare, kan det inte uteslutas att det i strid med fördragets sociala mål kan leda till en allmän försämring av arbetskraftens levnads- och arbetsvillkor. Om direktivets tillämpningsområde utsträcktes till att omfatta även konkursförfarandet, skulle detta eventuellt kunna avskräcka en möjlig förvärvare från att köpa ett företag på för konkursborgenärerna acceptabla villkor, och i stället föranleda en försäljning av inkråmet. Detta skulle innebära att företagets samtliga arbetstillfällen försvann, vilket går rakt emot direktivets ändamålsenliga verkan.

23. Därav har domstolen dragit slutsatsen att medlemsstaterna inte är skyldiga att tillämpa bestämmelserna i direktivet då företag, verksamheter eller delar av verksamheter överlåts inom ramen för ett konkursförfarande. Det står i varje fall medlemsstaterna fritt att oberoende av gemenskapsrätten enbart på grundval av sin interna rätt fullt ut, eller till viss del, tillämpa principerna i direktivet. [5]

24. Därefter hade domstolen ännu att ta ställning till frågan huruvida direktivet också är tillämpligt på fall av betalningsuppskov. Här jämställde domstolen det ifrågavarande förfarandet för betalningsuppskov med konkursförfarandet. Således fastställde den först att också förfarandet för betalningsuppskov har karaktär av ett rättsligt förfarande, även om domstolens kontroll därvid är av mer begränsad räckvidd än vid konkursen. Det innebär att direktivet inte innehåller, eller i mycket ringa omfattning innehåller, sådana särskilda bestämmelser som är tillämpliga vid konkurs.

25. Domstolen har också angivit att förfarandets syfte är ett objektivt kriterium, och fastställt att detta syfte i första hand är att säkra förmögenhetsmassan och i förekommande fall att driva verksamheten vidare för att finna en reglering som säkerställer verksamhetens framtida drift. Domstolen har härav dragit slutsatsen att de skäl som talar emot en tillämpning av direktivet på konkursförfarandet inte är giltiga för förfarandet för betalningsuppskov. Inget hindrar i övrigt att ett sådant förfarande utmynnar i att gäldenären försätts i konkurs, eftersom detta visar att detta förfarande avser ett tidigare stadium än konkursen. [6]

5 — Ibidem, punkterna 23 och 24.
6 — Ibidem, punkterna 28 och 29.

26. I ännu ett viktigt avgörande, nämligen domen i målet d'Urso m. fl., [7] hade domstolen att avgöra frågan om direktiv 77/187 även är tillämpligt på företagsöverlåtelser som vidtas av företag som står under extraordinär förvaltning.

27. För att pröva denna fråga använde sig domstolen inledningsvis av kriteriet som rör omfattningen av den domstolskontroll som den också behandlade i domen i målet Abels. Beträffande skillnaderna mellan medlemsstaterna, som också påtalades i domen i målet Abels, ansåg domstolen att tillämpligheten av begreppet avtalsenlig överlåtelse inte kan bestämmas utifrån formen för den kontroll av företagsöverlåtelser myndigheter eller domstolar utövar inom ramen för ett särskilt insolvensförfarande som avslutas med att företaget avyttras. Av detta har domstolen dragit följande slutsats: "Mot bakgrund av domstolens resonemang i domen i målet Abels är det kriterium som skall beaktas således syftet med det ifrågavarande förfarandet." [8]

28. Beslut om det ifrågavarande förfarandet för extraordinär förvaltning fattas genom dekret som har, eller kan ha, två former av verkan. Det kan jämställas med ett dekret genom vilket beslut fattas om tvångslikvidation på förvaltningsrättslig väg, vars verkningar i huvudsak är desamma som konkursens. Det kan i dekret också föreskrivas att företagets verksamhet skall ledas av en förvaltare under en bestämd tidsrymd. Denna förvaltare har befogenhet att fastställa ett program med en saneringsplan.

29. Direktivets tillämplighet är, enligt domstolens mening, beroende av företagets fortsatta drift. Fattas inget beslut om fortsatt drift eller om detta beslut har upphört att gälla, "så kan syfte, följder och risker med ett förfarande som tvångslikvidation på förvaltningsrättslig väg jämställas med det syfte, de följder och de risker som i dom av den 7 februari 1985 i målet Abels föranledde domstolen att fastställa att artikel 1.1 i direktivet inte är tillämplig på en överlåtelse av ett företag, verksamhet eller del av verksamhet, då överlåtaren försatts i konkurs. Liksom i fråga om konkursförfarandet syftar detta förfarande till att gäldenärens tillgångar skall försäljas för att gottgöra borgenärerna. De företagsöverlåtelser som faller inom dessa rättsliga ramar omfattas därför inte av direktivets tillämpningsområde". I annat fall kan det inte uteslutas att arbetskraftens levnads- och arbetsvillkor kan komma att försämras. [9]

30. I de fall då företagets verksamhet däremot drivs vidare under ledning av en förvaltare syftar detta förfarande, enligt domstolen, framför allt till att stabilisera företaget, för att säkerställa dess fortsatta drift. "Det ekonomiska och sociala mål som eftersträvas

7 — Dom av den 25 juli 1991 i mål C-362/89 (REG 1991, s. I-4105).

8 — Ibidem, punkterna 25 och 26.

9 — Ibidem, punkt 31.

varken förklarar eller motiverar att arbetstagarna, då ett företag eller en del därav överlåts, förlorar de rättigheter som de tillförsäkras genom direktivet under omständigheter som där anges." [10]

31. Domstolens viktigaste kriterium är således vilket syfte det ifrågavarande förfarandet har. Andra kriterier är själva direktivets syfte och utformningen av förfarandet i fråga.

32. Dessa kriterier skall nu tillämpas på den likvidation som skall granskas i detta fall. Enligt den nationella domstolen skall med likvidation förstås alla åtgärder som syftar till att efter upplösningen av ett bolag gottgöra borgenärerna med hjälp av bolagets tillgångar och fördela ett eventuellt överskott mellan delägarna. Därför är, enligt uppfattningen i doktrinen, likvidation att föredra framför konkurs, eftersom likvidationen möjliggör en optimal avveckling eller i vart fall den minst dåliga avvecklingen av tillgångarna och gör det möjligt att i förekommande fall upprätthålla driften av hela eller delar av en ännu lönsam verksamhet.

33. Kommissionen har uppgivit att likvidatorns uppgifter är att realisera tillgångarna, betala skulderna och fördela ett eventuellt överskott mellan delägarna. Syftet är således att likvidera bolaget genom att avyttra tillgångarna. Detta sker vid likvidation till förmån för bolaget medan konkursförvaltaren vid konkurs uteslutande handlar till förmån för borgenärerna. Tillgångarna skall avyttras med ett så fördelaktigt resultat som möjligt. Enligt kommissionen använder sig den belgiska lagstiftaren här av en fiktion. Även om ett bolag med nödvändighet inte längre är en juridisk person då det har upplösts, anses det fortfarande existera vid likvidation. I detta fall består bolaget som juridisk person uteslutande för att tillgångarna skall kunna avyttras, skulderna betalas samt överskottet fördelas. Drift av verksamheten i det upplösta bolaget är inte tillåten, på sin höjd kan detta tillåtas i undantagsfall, för så vitt det syftar till att genomföra det nya målet — likvidationen — som trätt i stället för företagets tidigare ekonomiska verksamhet. Enligt kommissionen kan bolaget i likvidation därför avsluta enbart redan påbörjad verksamhet. Det har inte rätt att påbörja ny verksamhet, inte heller inom ramen för sin tidigare ekonomiska verksamhet (förutom då detta tjänar syftet med likvidationen). En sådan fortsatt drift av ett bolags verksamhet är ofta nödvändig för att förhindra en värdeminskning av den ekonomiska enhet som skall överlåtas. Denna enhet bör alltjämt vara i drift för att underlätta en framtida överlåtelse. I detta fall kan likvidatorn också utan särskilt tillstånd påbörja ny verksamhet. Likvidatorn bör emellertid alltid ha i åtanke att fortsatt drift endast är tillåten som tillfällig åtgärd och enbart för att bolagets tillgångar senare skall kunna avyttras under bästa möjliga förhållanden. Enligt kommissionen ansvarar likvidatorn personligen för förluster

10 — Ibidem, punkt 32.

som orsakas av att verksamheten drivs vidare i obegränsad omfattning. I detta fall krävs inte att det visas att förlusterna orsakats av brister i förfarandet.

34. Bolagsstämman skall med erforderlig majoritet besluta om att tillfälligt fortsätta driften av bolaget. Något tillstånd härtill från domstol behövs inte.

35. Det framgår vidare av kommissionens yttrande att frivillig likvidation aldrig är ett alternativ till konkurs. Om förutsättningarna för att inleda en konkurs är för handen är likvidation inte längre möjlig. Undantag kan göras uteslutande i de fall då bolaget befinner sig i övergående svårigheter eller tillfälligt inte med säkerhet kan avgöra om tillgångarna överstiger skulderna. I princip gäller att garantierna för borgenärerna är mer långtgående vid konkurs än vid likvidation. Dessutom företräds borgenärerna omedelbart av konkursförvaltaren. Detta tyder på att syftet att gottgöra borgenärerna inte är lika framträdande vid likvidation som vid konkursförfarandet.

36. Det är ändå ett faktum att även likvidationen syftar till en avveckling av tillgångarna, ett syfte som är nästan identiskt med konkursens. Trots detta förefaller det mig som om det snarare är avvecklingen av bolagets verksamhet som står i förgrunden vid likvidationen, medan det vid konkursen enbart är gottgörelsen av borgenärerna som har betydelse. Om enbart detta räcker för att direktivet, såsom den belgiska regeringen har gjort gällande, skall vara tillämpligt i förevarande fall anser jag dock vara tveksamt.

37. Kommissionen anser också att konkursens och likvidationens syften är nästan identiska, men stödjer sitt förslag till lösning uteslutande på domen i målet d'Urso m. fl. Kommissionen har med andra ord enbart inriktat sig på huruvida det har beslutats om bolagets fortsatta drift. I det fallet har det ingen betydelse om verksamheten inte drivs vidare för att bolaget skall kunna bestå, utan om likvidationens syften kan uppfyllas på ett bättre sätt. För kommissionen är det av betydelse att företaget bevarar sin identitet och under tiden för den fortsatta driften har möjlighet att fortsätta samma verksamhet. Därtill stödjer den sig på det skydd som åsyftas med direktivet, enligt vilket bolagsstämmans beslut att försätta bolaget i likvidation inte får beröva arbetstagarna deras skydd.

38. Enligt kommissionens mening är direktivet i vart fall inte tillämpligt då företaget beslutar att upphöra med verksamheten genom att avyttra tillgångarna. Då bolaget slutgiltigt upphört med sin verksamhet är direktivet inte tillämpligt. Likvidationens enda syfte är således att avyttra tillgångarna och avveckla bolaget. Om det i ett sådant fall

inte vore möjligt att tillämpa direktivet, skulle arbetstagarna utsättas för en än större risk. Därtill kan man efter ett alltför långt avbrott i driften inte längre utgå från att samma enhet skall bestå och att verksamheten kommer att drivas vidare.

39. Enligt min mening går det inte att utan vidare tillämpa domstolens avgörande i målet d'Urso m. fl. på likvidation. I målet d'Urso m. fl. drevs företaget vidare för att saneras och för att den fortsatta driften därigenom skulle säkerställas. Detta var även fallet med förfarandet för betalningsuppskov i målet Abels. I det förevarande målet syftar den fortsatta driften emellertid enbart till en avveckling av bolaget. Verksamheten inriktas inte på framtiden utan upprätthålls enbart till dess att bolaget överlåtits.

40. Visserligen avyttrades bolaget slutligen även i målet d'Urso m. fl., men denna avyttring kan med hänsyn till direktivets skyddssyfte inte behandlas annorlunda än avyttringen i förevarande fall. I målet d'Urso m. fl. var det fråga om avyttring av ett sanerat företag eller ett företag som undergick sanering, till vilket det möjligen är lättare att hitta en köpare än till ett bolag i likvidation. I så måtto skulle en tillämpning av direktivet inte medföra nackdelar för arbetstagarna. Det är, som domstolen fastslog i domen i målet Abels, annorlunda i konkursfallet. Här skulle en tillämpning av direktivet eventuellt kunna vara till nackdel för arbetstagarna.

41. Domstolen har emellertid själv i domen i målet d'Urso m. fl. stött sig enbart på kriteriet med fortsatt drift. Så länge som driften fortsätter är direktivet tillämpligt, då inget enligt domstolen motiverar att arbetstagarna inte skulle åtnjuta skydd enligt direktivet på grund av att driften fortsätter. Om driften trots detta upphör, föreligger samma kriterier som vid konkurs, och direktivet är från denna tidpunkt inte längre tillämpligt. Det innebär att direktivet, trots att kriterier som är jämförbara med konkurssituationen är uppfyllda, är tillämpligt enbart på grund av att verksamheten drivs vidare.

42. I förevarande fall skulle direktivet således i än högre grad vara tillämpligt då driften fortsätter. Det är ingen förutsättning för likvidation att skulderna överstiger tillgångarna. Förutsättningarna för konkurs kunde lika gärna inte föreligga, då likvidation för övrigt inte skulle vara tillåten. Visserligen är likvidation ett möjligt förstadium till konkurs, men den kan också, som den belgiska regeringen har gjort gällande, aktualiseras då delägarna inte längre vill samarbeta. Detta innebär att företaget inte ovillkorligen måste befinna sig i ekonomiska svårigheter. Således skulle direktivet vara tillämpligt på fall av likvidation då verksamheten drivs vidare.

43. I detta sammanhang är det inte till nackdel att likvidationen kan vara ett förstadium till konkursförfarandet. I målet Abels fastslog domstolen att direktivet är tillämpligt på fall av betalningsuppskov, just för att likvidationen är ett förstadium till konkursen. [11] Dessutom fastslog domstolen i målet Danmols Inventar att direktivet också är tillämpligt på överlåtelser "inom ramen för ett förfarande eller ett stadium före inledandet av ett eventuellt konkursförfarande". [12]

44. Slutligen vill jag nämna ännu en dom, i vilken domstolen tog ställning till frågan om direktivets tillämplighet på en överlåtelse av ett företag som befunnits vara krisdrabbat. [13] I den domen fastslog domstolen följande:

"Följaktligen är ett företag som befunnits vara krisdrabbat föremål för ett förfarande som långtifrån syftar till att avveckla företaget, utan som i stället syftar till att hjälpa det att fortsätta bedriva sin verksamhet *i avsikt att detta senare självständigt återupptar verksamheten.*" [14]

Samma sak gäller i förevarande fall. Då ett företag drivs vidare inom ramen för en likvidation, så sker detta — såsom ovan har uppgivits — i syfte att företaget senare skall komma att överlåtas. Av detta följer att inte heller i förevarande fall av likvidation och fortsatt drift kan detta vare sig förklara eller motivera "att arbetstagarna då ett företag eller en del därav överlåts förlorar de rättigheter som de tillförsäkras genom direktivet under omständigheter som där anges". [15]

45. Följaktligen skulle direktivet vara tillämpligt på likvidation av ett företag som drivs vidare.

46. En jämförelse mellan likvidationsförfarandet och konkursförfarandet leder till samma resultat. De särskilda reglerna för konkurs, som gör att direktivet inte är tillämpligt på konkursen, gäller enligt den nationella domstolen inte för likvidationen. Det är således bolagsstämman som beslutar om genomförandet av likvidationen, utseendet av likvidatorn och fastställandet av likvidatorns befogenheter. I fråga om konkursen, å andra sidan, kan företaget visserligen självt inge konkursansökan, men företaget kan också försättas i konkurs genom ansökan av en borgenär eller till följd av en undersökningskommittés arbete, varvid domstolen utser en konkursförvaltare vars befogenheter bestäms i lag.

11 — Domen i målet Abels (ovan, fotnot 3), punkt 29.

12 — Dom av den 11 juli 1985 i mål 105/84 (REG 1985, s. 2639), punkt 10.

13 — Dom av den 7 december 1995 i mål C-472/93, Spano m. fl. (REG 1995, s. I-4321).

14 — Ibidem, punkt 28 (min kursivering).

15 — Domen i målet Spano m. fl. (ovan, fotnot 13), punkt 30, och domen i målet d'Urso m. fl. (ovan, fotnot 7), punkt 32.

47. I konkursen finns ett särskilt förfarande för fastställande av skuldförhållandena under domstolens överinseende. Detta gäller inte likvidationen. Likvidatorn kan fastställa förekomsten av en skuld utan att behöva vända sig till annan instans och utan att hans beslut måste fastställas i dom.

48. Inom ramen för ett konkursförfarande kan borgenären enbart få storleken på sin fordran fastställd. I likvidationen är saken något annorlunda, då borgenären kan frambringa ett beslut att försätta företaget i likvidation. Det är också möjligt att göra utmätning hos ett bolag i likvidation. Detta kan likvidatorn förhindra enbart om andra borgenärers rätt påverkas av utmätningsförrättningarna. I konkursförfarandet är å andra sidan sådana utmätningsförrättningar inte tillåtna, eftersom förvaltningen och avvecklingen av viss egendom som används för att gottgöra borgenärerna regleras i lag.

49. Likvidatorn är ett av bolagets organ medan konkursförvaltaren, som företräder borgenärerna, är att betrakta som tredje man i förhållande till bolaget.

50. Konkursförvaltaren avyttrar tillgångarna under överinseende av den domstol som förordnat honom, medan likvidatorn i ett bolag utför denna uppgift under överinseende av bolagsstämman, vilket innebär att överlåtelsen av företaget inte behöver fastställas av domstol.

51. Det finns således stora skillnader mellan likvidationen och konkursförfarandet. Framför allt är det tydligt att domstolens inflytande vid likvidation är mycket mindre och att det i detta fall inte finns något särskilt förfarande av det slag som vid konkurs.

52. Det kan således fastslås att direktivet är tillämpligt på en överlåtelse av ett bolag i likvidation, då bolagsstämman beslutat om fortsatt drift. Därvid har det ingen betydelse om det är fråga om frivillig likvidation eller tvångslikvidation. Skillnaden mellan de båda formerna för likvidation består enbart i att bolagsstämman vid tvångslikvidation inte med erforderlig majoritet kan utse likvidatorn. I det fallet utses likvidatorn av domstol.

53. Oavsett detta skall domstolen besvara frågan huruvida direktivet eller dess bestämmelser inte redan är tillämpliga på likvidation med stöd av nationell rätt, inom ramen för kollektivavtal nr 32 a. Som domstolen fastställde i målet Abels [16], kan medlemsstaterna på eget initiativ, helt eller delvis, tillämpa bestämmelserna i direktivet på grundval av enbart den nationella rätten. Det åligger den nationella domstolen att pröva om detta gäller vid likvidation.

16 — Mål 135/83, se ovan fotnot 3, punkt 24.

Den andra frågan

54. Genom det första ledet av den andra frågan önskar den nationella domstolen få veta om uppsägningar som görs av likvidatorn kan betraktas som sådana uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl som avses i artikel 4.1 i direktivet. Det gäller alltså om befogenheten att besluta om uppsägningar på dessa grunder enbart tillkommer förvärvaren eller tillika överlåtaren.

55. Denna osäkerhet är en följd av lydelsen av artikel 4.1 i direktivet. Genom denna förbjuds uppsägning enbart till följd av överlåtelsen. Bestämmelsen gäller uttryckligen överlåtare och förvärvare. Andra meningen, genom vilken möjlighet ges till uppsägning av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår, innehåller ingen anvisning om huruvida detta är en rättighet för överlåtaren och/eller förvärvaren.

56. Såväl kommissionen som den belgiska regeringen är — enligt min mening med rätta — av den åsikten att denna möjlighet också måste tillkomma överlåtaren. Den belgiska regeringen har därvid stött sig på domen i målet Bork m. fl. [17] I den domen stödde sig domstolen på sin tidigare dom i målet Ny Mølle Kro, [18] i vilken domstolen fastställde att endast de arbetstagare som var anställda i företaget vid tidpunkten för överlåtelsen kan göra sina rättigheter enligt direktivet gällande. Frågan om ett avtal eller ett anställningsförhållande gällde vid denna tidpunkt skall bedömas utifrån nationell rätt, dock med förbehåll för att direktivets tvingande regler om skydd för arbetstagare mot uppsägning till följd av överlåtelsen skall beaktas.

"Till följd härav skall de arbetstagare vars anställningsavtal eller anställningsförhållande före överlåtelsen sagts upp i strid med artikel 4.1 i direktivet, vid tidpunkten för överlåtelsen alltjämt anses vara anställda vid företaget, vilket framför allt leder till att överlåtarens lagenliga arbetsgivarskyldigheter i enlighet med artikel 3.1 i direktivet fullt ut överförs till förvärvaren. För att fastställa om uppsägningen i strid med artikel 4.1 enbart hade sin grund i överlåtelsen, skall det beaktas under vilka objektiva omständigheter uppsägningen skett och i ett fall som det föreliggande framför allt den omständigheten att uppsägningen trätt i kraft vid en tidpunkt nära överlåtelsen samt att de berörda arbetstagarna återanställts av förvärvaren." [19]

17 — Dom av den 15 juni 1988 i mål 101/87 (REG 1988, s. 3057).

18 — Dom av den 17 december 1987 i mål 287/86 (REG 1987, s. 5465; svensk specialutgåva, häfte 9).

19 — Domen i målet Bork m. fl., punkterna 17 och 18.

57. Inte heller domen i målet Bork m. fl. innehåller upplysningar om huruvida överlåtaren kan besluta om uppsägning av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. En sådan rätt följer trots det av följande resonemang. Enligt vad som anges i domen i målet Bork m. fl. hindrar artikel 4.1 uppsägningar som grundas enbart på överlåtelsen. Av formuleringen "enbart på överlåtelsen" följer att överlåtaren kan besluta om uppsägning på andra grunder. Dessa måste åtminstone vara de skäl som anges i artikel 4.1 andra meningen och även tillkomma överlåtaren.

58. Vad beträffar förevarande likvidation talar andra — ekonomiska — skäl för denna tolkning. Likvidatorn ges därigenom möjlighet att strax före försäljningen vidta rationaliseringsåtgärder. En möjlig köpare blir då mer förberedd för att överta företaget i likvidation. Ges överlåtaren möjlighet att besluta om uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl underlättas också likvidationen som sådan; arbetstillfällena vid företaget i likvidation säkras och därmed ökas skyddet för arbetstagarna.

59. Det andra ledet av den nationella domstolens andra fråga avser huruvida arbetstagare, som sagts upp av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, gentemot förvärvaren kan göra gällande att uppsägningen är rättsstridig, enbart på den grunden att en ekonomisk enhet överlåtits kort efter uppsägningen, även om det i avtalet om överlåtelse inte föreskrivs att de skall återanställas.

60. Som kommissionen med rätta har påpekat är denna fråga ställd på ett oprecist sätt. Då det beslutas om uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl kan det — såsom just fastställts — inte vara fråga om rättsstridiga uppsägningar, och rättsstridighet kan därför varken göras gällande mot överlåtaren eller mot förvärvaren. Den omständigheten att en ekonomisk enhet överlåtits strax efter deras uppsägning ändrar inte denna slutsats. Om uppsägningen inte var grundad enbart på överlåtelsen, är uppsägningen inte ogiltig till följd av denna.

61. Emellertid kan denna sista fråga förstås och tolkas på annat sätt. Den avser uttryckligen den ovan angivna formuleringen i domen i målet Bork m. fl., då den innehåller båda de kriterier som där anges, nämligen uppsägningens närhet i tiden i förhållande till överlåtelsen av en ekonomisk enhet och återanställningen efter företagsöverlåtelsen. Dessa kriterier nämndes i domen i målet Bork m. fl. som tecken på att uppsägningen enbart hade sin grund i överlåtelsen och därför stred mot artikel 4.1 i direktivet. I föreliggande fall är endast ett av dessa kriterier uppfyllt, nämligen närheten i tiden mellan överlåtarens uppsägning och företagsöverlåtelsen. Någon återanställning efter överlåtelsen har inte skett. Man skulle kunna

förstå frågan så, att den nationella domstolen önskar veta om det är tillräckligt att enbart ett av kriterierna i domen i målet Bork m. fl. är uppfyllt för att uppsägningen skall anses ha sin grund enbart i överlåtelsen och därför skall anses vara rättsstridig.

62. För att besvara denna fråga måste återigen formuleringen i domen i målet Bork m. fl. noga studeras. Enligt denna skall, vid bedömningen av huruvida en uppsägning är rättsstridig, främst de objektiva omständigheterna kring uppsägningen beaktas. Domstolen har angivit de båda kriterierna om närhet i tiden i förhållande till överlåtelsen och återanställning efter överlåtelsen som typiskt för det fall som låg till grund för målet Bork m. fl. Då utgångspunkten är något annorlunda i förevarande fall, måste den nationella domstolen grunda sitt avgörande på andra omständigheter. Förvisso föreligger även här närhet i tiden mellan uppsägningen och den senare överlåtelsen av företaget. En viktigare aspekt är emellertid att företaget vid tiden för uppsägningen var försatt i likvidation. Denna omständighet ligger nära en uppsägning av organisatoriska skäl. Även kommissionen är av den meningen att det därigenom skulle bli lättare att bevisa att uppsägningen skedde av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

63. Den sista frågan skall således besvaras så, att en uppsägnings rättsstridighet inte i förevarande fall kan stödjas enbart på den omständigheten att företaget överläts kort tid efter det att uppsägning skedde. Vidare måste den nationella domstolen i samband med uppsägningen beakta alla objektiva omständigheter, framför allt också det faktum att företaget var försatt i likvidation.

64. För fullständighetens skull vill jag tillägga att då överlåtaren beslutat om en rättsstridig uppsägning kan denna göras gällande gentemot förvärvaren till följd av att anställningsavtalet skall anses bestå och att arbetstagaren därför skall återanställas av förvärvaren. Arbetstagaren kan därför göra gällande sina rättigheter enligt anställningsavtalet gentemot förvärvaren.

65. Så till vida är det inte relevant om enskilda medlemsstater föreskriver eventuella påföljder för detta fall. Den belgiska regeringen har angivit att det fall att en uppsägning är ogiltig inte förutsetts i belgisk rätt, varför anställningsavtalet inte kan upprätthållas.

66. Den nationella domstolens andra fråga skall således besvaras så, att överlåtarens uppsägningar av anställningsavtal kan anses vara uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl i den mening som avses i artikel 4.1 i direktivet och att denna

befogenhet inte tillkommer enbart förvärvaren. Uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl är således inte rättsstridiga enbart på grund av att en överlåtelse av en ekonomisk enhet sker kort tid efter att uppsägning skett. Vidare måste den nationella domstolen i samband med uppsägningen beakta alla objektiva omständigheter, framför allt också det faktum att företaget var försatt i likvidation.

C — Förslag till avgörande

67. Med anledning av det ovan anförda föreslår jag domstolen att besvara den nationella domstolens frågor på följande sätt:

1. 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 är tillämpligt då överlåtelse sker av ett företag som är försatt i frivillig likvidation, dock endast under förutsättning att verksamheten fortsätter inom denna ram. Detta gäller oberoende av om likvidator utsetts av domstol eller av bolagsstämma.

2. Även likvidator har rätt att besluta om uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl.

   De arbetstagare som förvärvaren inte har återanställt kan inte gentemot förvärvaren göra gällande att deras uppsägning skulle vara rättsstridig enbart på den grunden att företaget kort tid efter det att de sagts upp överlåtits som ekonomisk enhet.

   Den nationella domstolen skall således i samband med bedömningen av gjorda uppsägningar beakta alla objektiva omständigheter som domstolen angivit, framför allt också det faktum att företaget var försatt i likvidation.