FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 18. januar 2000 *

A — Indledning

1. Denne præjudicielle sag drejer det sig i det væsentlige om, hvorvidt 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], som har til formål at beskytte arbejdstagernes rettigheder ved overførsel af virksomheder, også kan finde anvendelse på privatisering af offentlige organer. I det foreliggende tilfælde er det navnlig fortolkningen af direktivets artikel 1 og 3, som giver anledning til problemer. I artikel 1 anvendes udtryk, som betegner en *aftalt* overførsel af virksomheder. Overførelsen i tvisten i hovedsagen er imidlertid blevet gennemført ved lov. Artikel 3 henviser til arbejdstagere, men sagsøgerne i hovedsagen var formentlig statsansatte, da virksomhedsoverførelsen fandt sted i 1993.

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT L 61, s. 26.

B — Relevante retsforskrifter

I — *Fællesskabsretten*

Direktiv 77/187/EØF

2. Følgende dele af direktivet er relevante for den foreliggende sag:

»Afdeling I

Anvendelsesområde og definitioner

Artikel 1

1. Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele

af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.

...

Artikel 2

I dette direktiv forstås ved:

a) overdrager: enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden, bedriften eller en del af bedriften

...

Afdeling II

Varetagelse af arbejdstagernes rettigheder

Artikel 3

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

...

2. Efter overførsel i henhold til artikel 1, stk. 1, skal erhververen opretholde samme løn- og arbejdsvilkår, som gjaldt for overdrageren ifølge en kollektiv overenskomst, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning.

Medlemsstaterne kan begrænse den periode, hvori løn- og arbejdsvilkårene skal

opretholdes, såfremt denne periode er på mindst ét år.

...

Artikel 4

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.

...«

II — *National ret*

3. Den Italienske Republik har gennemført direktivet ved at ændre artikel 2112 i codice civile. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at det materielle anvendelsesområde for artikel 2112 i codice civile efterfølgende er blevet udvidet til også at omfatte overførsel af offentlige organers aktiviteter til private organer, medmindre andet er foreskrevet i særlige bestemmelser. Den forelæggende ret har oplyst: »Hvad angår overførslen fra [det offentlige organ] ASST til [det private selskab] Iritel af aktiviteterne i forbindelse med udførelsen af tjenesteydelser ved telekommunikation, indeholder lov nr. 58 af 29. januar 1992 en række særregler, som udgør en undtagelse i forhold til de almindelige regler om overførsel af virksomheder i artikel 2112 i codice civile ... i modsætning til sidstnævnte bestemmelse foreskriver (den) således ikke, at arbejdsforholdet fortsættes.« Lov nr. 58/92 overlader det nemlig til arbejdsmarkedets parter at drage omsorg for, ved kollektive forhandlinger, at de tidligere ansatte i ASST sikres et samlet vederlag, der ikke er lavere end det, som de tidligere oppebar. Desuden giver lov nr. 58/92 de ansatte i ASST ret til at få udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse.

4. Artikel 4 i lov nr. 58/92 bestemte, at Iritel SpA (herefter »Iritel«) skulle lade de tidligere ASST-ansatte forblive i deres stillinger i et år, og at arbejdstagere, som ved udløbet af denne periode på et år havde valgt ikke at forblive i offentlig tjeneste (og som i så fald ville blive tildelt nye arbejdsopgaver inden for den offentlige forvaltning i den pågældende provins), skulle overføres til Iritel.

C — Faktiske omstændigheder

5. Sagsøgerne i hovedsagen, Renato Collino og Luisella Chiappero (herefter »sagsøgerne«) var fra henholdsvis den 6. december 1965 og den 11. december 1966 til den 31. oktober 1993 ansat ved Azienda di Stato per i Servizi Telefonici (herefter »ASST«). ASST administrerede, etablerede og drev i sin egenskab af statsligt organ de offentlige telefonanlæg i hele landet. I forbindelse med privatiseringen af telekommunikationstjenesterne og nedlæggelsen af ASST bestemte ministeren for post og telekommunikation ved bekendtgørelse af 29. december 1992, i overensstemmelse med lov nr. 58/92, at det private selskab Iritel skulle overtage og videreføre de aktiviteter, som ASST indtil da havde varetaget, som eneste koncessionshaver. Statsholdingselskabet Istituto per la Ricostruzione Industriale (herefter »IRI«) havde forinden, på grundlag af lov nr. 58/92, stiftet Iritel i dette øjemed. Staten ejede følgelig Iritel's samlede kapital.

6. Den 1. november 1993 blev sagsøgerne overført til Iritel med henblik på at udføre de samme opgaver, som de indtil da havde varetaget som ansatte i ASST. Forinden havde de af ASST fået udbetalt den fratrædelsesgodtgørelse, som de havde krav på. Den 16. maj 1994 blev de overført til Societá italiana per le telecommunicazioni (herefter »SIP«), som også ejedes af IRI, i forbindelse med SIP's overtagelse af Iritel. Derpå ændrede SIP navn til Telecom Italia SpA. Sagsøgerne vedblev at være ansat i dette selskab, indtil de blev pensioneret den 30. november 1996.

7. Sagsøgte har uimodsagt af sagsøgerne påpeget, at disse efter italiensk ret inden for en frist på tredive dage kunne have genindbetalt den fratrædelsesgodtgørelse, som de modtog, da de ophørte med at arbejde for deres tidligere arbejdsgiver ASST, til Iritel med henblik på at opnå en samlet beregning af denne godtgørelse.

8. Ifølge den af Pretura circondariale di Pinerolo (herefter »Pretura«) afsagte forelæggelseskendelse har sagsøgerne anlagt sag mod Telecom Italia SpA (herefter »sagsøgte«) den 16. oktober 1997. De har i denne sag nedlagt to påstande og for begge disse lagt til grund, at arbejdsforholdet mellem dem og deres tidligere og nye arbejdsgiver er ét uafbrudt arbejdsforhold. De har for det første gjort gældende, at deres lønforhøjelser som følge af anciennitet pr. 1. november 1993 skal omberegnes, således at der tages hensyn til den anciennitet, som de har erhvervet hos deres tidligere arbejdsgiver. For det andet kræver de at kunne indbetale den fratrædelsesgodtgørelse, som de modtog, da de den 31. oktober 1993 ophørte med at være i offentlig tjeneste, til det sagsøgte selskab, med henblik på at opnå en højere fratrædelsesgodtgørelse beregnet på grundlag af deres samlede anciennitet indtil pensioneringen. De mener, at overførelsen af ASST's opgaver først til Iritel og dernæst til SIP udgør en overførsel af virksomhed, og at

dette indebærer, at den samlede periode fra deres ansættelse ved ASST til deres pensionering fra det sagsøgte selskab skal betragtes som ét uafbrudt arbejdsforhold.

9. Den forelæggende ret ønsker oplyst, om nationale bestemmelser som de i lov nr. 58/92 fastsatte er forenelige med direktivet, og om direktivets bestemmelser på grund af fællesskabsrettens forrang skal anvendes i stedet for de nationale retsforskrifter, hvis dette ikke er tilfældet.

10. Pretura har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Finder artikel 1 i direktiv 77/187/EØF anvendelse på en overførsel mod vederlag — som er godkendt ved statslig lov og fastsat ved ministerielt dekret — af en virksomhed, som drives af et offentligt organ, og som er oprettet direkte af staten, til et privat selskab, som er oprettet af et andet offentligt organ, der ejer selskabets samlede kapital, når den aktivitet, som overførelsen vedrører, overdrages til et privat selskab ved en administrativ koncession?

Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende:

2) a) Medfører artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187/EØF da en pligt til at fortsætte arbejdsforholdet med erhververen, således at arbejdstageren bevarer sin tjenstlige anciennitet fra datoen for sin ansættelse hos overdrageren og sin ret til at få udbetalt en samlet fratrædelsesgodtgørelse, idet ansættelsen hos overdrageren og hos erhververen betragtes som et uafbrudt arbejdsforhold?

b) Skal direktivets artikel 3, stk. 1, da fortolkes således, at de rettigheder, som arbejdstageren bevarer i forhold til erhververen, også omfatter fordele, som han har erhvervet i forhold til overdrageren, såsom anciennitetstillæg, hvis dette medfører, at arbejdstagerens økonomiske krav på erhververen skal lægges sammen med kravet som følge af hans anciennitet inden for rammerne af den gældende kollektive overenskomst?«

11. I retsforhandlingerne har sagsøgerne, det sagsøgte selskab, den finske, den østrigske og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen deltaget. Det Forenede Kongeriges regering har begrænset sine bemærkninger til det første præjudicielle

spørgsmål. Jeg kommer ind på parternes argumenter under min retlige vurdering.

D — Retlig vurdering

I — *Formaliteten med hensyn til den præjudicielle forelæggelse*

Parternes argumenter

12. Det sagsøgte selskab mener, at de to spørgsmål, som er blevet forelagt Domstolen, ikke kan realitetspåkendes, da tvistens parter i hovedsagen er private. Dette medfører, at den forelæggende ret ikke kan anvende direktivets bestemmelser til at afgøre tvisten.

13. Desuden gjorde det sagsøgte selskab under retsmødet gældende, at spørgsmål 2), a) og b), ikke er relevant for tvistens løsning. Selskabet mener, at sagsøgerne med deres krav vedrørende fratrædelsesgodtgørelsen ønsker at opnå noget, som der allerede er grundlag for i italiensk ret, nemlig at kunne genindbetale godtgørelsen til Iritel med henblik på at opnå en beregning på grundlag af den samlede ansættelsesperiode. Hvorfor de ikke har genindbetalt godtgørelsen, er en faktisk og ikke en retlig omstændighed.

14. Den finske regering har bemærket herom, at det udelukkende tilkommer den nationale ret at afgøre, om en præjudiciel forelæggelse er nødvendig.

15. Endelig har Kommissionen peget på, at den forelæggende ret — ud over at undlade at anvende den nationale ret og søge oplyst, om direktivet har direkte virkning — også kan fortolke den nationale ret på en måde, der stemmer overens med direktivet. Kommissionen erkender dog, at forelæggelseskendelsens ordlyd lader formode, at den forelæggende ret i den aktuelle sag har udelukket denne mulighed. Dette har imidlertid også været tilfældet i en lang række andre sager, hvori Domstolen alligevel har peget på muligheden for at foretage en fortolkning, som stemmer overens med direktivet. Som hovedregel er de nationale domstole tilbøjelige til at undlade at anvende den nationale ret og i stedet anvende direktivet direkte.

16. Kommissionen mener imidlertid, at man også i den aktuelle sag bør henlede den forelæggende rets opmærksomhed på muligheden for at fortolke den nationale ret i overensstemmelse med direktivet. Den har i den forbindelse udtrykkelig henvist til dommene i sagerne Carbonari m.fl. [2] og Spano m.fl. [3]. Sidstnævnte dom vedrører netop direktiv 77/187 og den bestemmelse i

2 — Dom af 25.2.1999, sag C-131/97, Sml. I, s. 1103.
3 — Dom af 7.12.1995, sag C-472/93, Sml. I, s. 4321.

italiensk ret, som den foreliggende sag drejer sig om, nemlig artikel 2112 i codice civile. I denne dom forkastede Domstolen afvisningspåstanden, idet den henviste til, at der kunne foretages en overensstemmende fortolkning.

17. Ifølge Kommissionen er direktivets artikel 3, stk. 1, blevet gennemført korrekt ved artikel 2112 i codice civile. Det er således i det foreliggende tilfælde ikke gennemførelsen af direktivet, der giver anledning til et problem, men særreglerne i lov nr. 58/92, som afviger fra artikel 2112. Den forelæggende ret skal med andre ord fortolke to nationale regelsæt og afgøre, hvilket den skal anvende på det foreliggende tilfælde. Problemet består følgelig ikke i, om direktivets artikel 3 har direkte virkning, men i at fortolke den nationale ret på en måde, der stemmer overens med direktivet. Domstolen har altid ladet princippet om, at der kan foretages fortolkninger, som stemmer overens med direktiverne, finde udstrakt anvendelse.

18. Kommissionen har videre anført, at Domstolen, såvel i dommen i sagen Spano m.fl. som i dommen i sagen Carbonari m.fl., implicit tillod den italienske ret at undlade at anvende to nationale regelsæt, som foreskrev ulovlige undtagelser fra de almindelige bestemmelser, hvorved direktivet var blevet gennemført. Denne tilladelse til ikke at anvende den nationale lovgivning blev dog ikke givet til fordel for en bestemmelse i direktivet, men til fordel for anvendelsen af andre nationale retsforskrifter, som var i fuld overensstemmelse med direktivets bestemmelser. Dette vedrører ikke direktivets eventuelle direkte virkning og rejser derfor ikke det spørgsmål, om direktivet i denne sag har direkte virkning på forholdet mellem to private.

Vurdering

19. Med hensyn til sagsøgtes argumenter om, at spørgsmål 2), a) og b), ikke er relevant, henviser jeg til Domstolens faste praksis, hvorefter det først og fremmest tilkommer den nationale ret at bedømme, om det er nødvendigt at forelægge et præjudicielt spørgsmål [4]. Denne ret, som har direkte kendskab til sagens omstændigheder og de af parterne fremførte argumenter, er nemlig bedre end Domstolen i stand til at vurdere nødvendigheden af en præjudiciel forelæggelse [5]. Domstolen efterprøver kun, at den forelæggende ret ikke åbenbart misbruger den skønsbeføjelse, som fællesskabsretten overlader den. Derfor er det kun præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten eller om efterprøvelse af en fællesskabsretsregels gyldighed, som savner enhver forbindelse med de faktiske omstændigheder i hovedsagen eller dennes genstand, og som således ikke er objektivt nødvendige for løsningen af tvisten i hovedsagen, som ikke kan realitetspåkendes [6]. Dette er imidlertid ikke tilfældet i den foreliggende sag. Forbindelsen mellem tvisten i hovedsagen og de præju-

4 — Fast retspraksis siden dom af 5.2.1963, sag 26/62, Van Gend en Loos, Sml. 1954-1964, s. 375, på s. 378, org.ref: Rec. s. 1, på s. 23 ff.

5 — Dom af 29.11.1978, sag 83/78, Redmond, Sml. s. 2347, præmis 25.

6 — Dom af 16.6.1981, sag 126/80, Salonia, Sml. s. 1563, præmis 6, af 17.5.1994, sag C-18/93, Corsica Ferries, Sml. I, s. 1783, præmis 14 (med yderligere henvisninger), kendelse af 26.1.1990, sag C-286/88, Falciola, Sml. I, s. 191, præmis 8, og dommen i sagen Spano m.fl., jf. fodnote 3, præmis 15.

dicielle spørgsmål fremgår tværtimod allerede af selve forelæggelseskendelsens ordlyd. Om, og hvordan, den forelæggende ret skal anvende nationale bestemmelser som de i lov nr. 58/92 fastsatte, afhænger nemlig af, hvordan direktivet skal fortolkes.

20. Derimod er det strengt taget ikke noget formalitetsspørgsmål, om direktivet kan anvendes eller ej i det foreliggende tilfælde, fordi der er tale om tvist mellem private. Spørgsmålet går snarere ud på, hvilken virkning direktiver har i national ret, herunder — navnlig i det foreliggende tilfælde — direktiver, som eventuelt er mangelfuldt gennemført.

21. Da tvisten i hovedsagen står mellem to private parter, går sagsøgte tilsyneladende ud fra, at en direkte anvendelse af direktivet på det foreliggende tilfælde ville være ensbetydende med at anerkende, at direktiver har såkaldt »direkte horisontal virkning«. Dette er ikke muligt, da Domstolen har afvist det [7].

22. Inden man kan behandle spørgsmålet om, hvorvidt direktiver har direkte virkning på forholdet mellem private, må det afklares, om sagsøgte, som i denne sag er en privatretligt stiftet enhed, også i materiel forstand udgør en privatperson. Når det drejer sig om den direkte virkning af direktiver, har Domstolen nemlig i sin praksis anlagt en bred fortolkning af begrebet »staten«. Ifølge denne praksis omfatter staten ikke alene offentlige myndigheder [8], offentlige organer, der hører til staten [9], og lokalforvaltninger [10], men også statslige virksomheder [11]. Domstolen har herom udtalt, at muligheden for at påberåbe sig en bestemmelse i et direktiv over for staten består, »uanset i hvilken egenskab staten har handlet, dvs. som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed. Det er i begge tilfælde væsentligt at hindre, at medlemsstaten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme fællesskabsretten« [12]. Domstolen har derfor afgjort, »at et organ, som — uanset sin retlige organisationsform — ved en af staten udstedt retsakt har fået til opgave at yde offentlig servicevirksomhed under statens tilsyn, og som med henblik herpå har særlige beføjelser ud over dem, der følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, i hvert fald hører til de organer, over for hvilke der kan støttes ret på de bestemmelser i et direktiv, der kan have direkte virkning« [13].

23. Endelig kan det til fordel for en sådan bred opfattelse af staten også tilføjes, at den direkte virknings følger for medlemsstaterne kun kan være fuldt effektive, hvis de altid rammer medlemsstaten, uanset i hvilken retlig form den optræder. Når det reelt

7 — Dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 24 ff., og af 7.3.1996, sag C-192/94, El Corte Inglés, Sml. I, s. 1281, præmis 15 ff.

8 — Dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, og af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651.

9 — Dom af 20.9.1988, sag 31/87, Beentjes, Sml. s. 4635.

10 — Dom af 22.6.1989, sag 103/88, Fratelli Costanzo, Sml. s. 1839.

11 — Dom af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313.

12 — Foster-dommen, jf. fodnote 11, præmis 17, og Marshall-dommen, jf. fodnote 8, præmis 49.

13 — Foster-dommen, jf. fodnote 11, præmis 20.

er staten, der, direkte eller indirekte, står bag et organ eller en virksomhed, som den kontrollerer, er der ikke tale om en privatperson. Det er på grundlag af disse kriterier, den forelæggende ret skal afgøre, om Iritel, i hvis rettigheder sagsøgte er blevet indsat, kan anses for at være en privatperson eller ej.

24. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at Iritel nok blev stiftet som et privatretligt selskab, men at hele dets kapital tilhørte et offentligt organ. Desuden forudsatte den aktivitet, som Iritel overtog, en administrativ koncession. Disse to omstændigheder giver grund til at antage, at Iritel kontrolleredes af staten og var undergivet dens tilsyn. Da dette ifølge Kommissionens oplysninger også gælder for det sagsøgte selskab, ændres ræsonnementet ikke af, at man i stedet for Iritel går ud fra det sagsøgte selskab.

25. For det tilfælde, at den forelæggende ret alligevel når frem til, at Iritel rent faktisk udgør en privatperson, må det undersøges, om direktivet kan have virkning på forhold mellem private.

26. Hvad dette angår har Kommissionen med rette henvist til dommen i sagen Spano m.fl., hvori Domstolen bemærkede, at selv om dens »faste praksis går ud på, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer (jf. navnlig dom af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 20), har Domstolen også fastslået, at den nationale ret ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat og således handle i overensstemmelse med traktatens artikel 189, stk. 3 (jf. nævnte Faccini Dori-dom, præmis 26)« [14].

27. Derimod er Kommissionens henvisning til dommen i sagen Carbonari m.fl. [15] kun relevant, for så vidt den forelæggende ret i denne sag havde stillet et spørgsmål om den direkte virkning af et direktiv, og Domstolen i dommen henviste til muligheden for at foretage en fortolkning, som var i overensstemmelse med direktivet. Ud over dette er der intet i denne dom, som kan anvendes til løsning af den aktuelle tvist, eftersom de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for de to tvister, ikke er sammenlignelige.

28. Man kan imidlertid have sin tvivl om, hvorvidt det i den foreliggende sag er tilstrækkeligt at henvise til muligheden for at foretage en fortolkning, som er i overensstemmelse med direktivet. Den forelæggende ret har nemlig antydet, at den ikke finder det muligt at foretage en sådan

14 — Spano-dommen, jf. fodnote 3, præmis 17.
15 — Jf. fodnote 2.

overensstemmende fortolkning af den nationale ret. Kommissionen har ganske vist gjort gældende, at Domstolen indtil nu har ladet princippet om en overensstemmende fortolkning finde temmelig udstrakt anvendelse, men at der i visse tilfælde er grænser for, hvornår der kan foretages en overensstemmende fortolkning. Efter Domstolens praksis er grænserne overskredet, når en sådan fortolkning fører til, at en forpligtelse, der er fastsat i et ikke-gennemført direktiv, gøres gældende over for en borger [16]. Forpligtelsen begrænses også af fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, navnlig retssikkerhedsprincippet og forbuddet mod loves tilbagevirkende gyldighed, som Domstolen har henvist til i straffesager [17]. Der gælder de samme grænser for de nationale retters pligt til at henholde sig til direktivets indhold, når de fortolker nationale retsregler, som for direktivbestemmelsers direkte virkning. Domstolen har nemlig med hensyn til direkte virkning også afgjort, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private [18]. Hvis man i det foreliggende tilfælde indskrænkede sig til over for den nationale ret at henvise til muligheden for at foretage en fortolkning, der stemmer overens med direktivet, ville man ikke yde den hele den bistand, som er nødvendig for afgøre tvisten i hovedsagen, som omhandlet i traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF).

29. Det skal dog understreges, at der i den aktuelle sag gør sig særlige forhold gældende. Det drejer sig ikke om direkte at anvende en bestemmelse i et direktiv, som endnu ikke er gennemført i national ret. Tvisten i denne sag går snarere ud på, om de særregler, som er fastsat i den nationale ret, ikke skal anvendes, hvis de er i strid med direktivet, og om det i stedet er de almindelige bestemmelser i den nationale ret, hvorved direktivet er blevet gennemført, og som er i overensstemmelse med fællesskabsretten, der skal anvendes.

30. Ifølge Domstolens faste praksis påhviler den pligt for medlemsstaterne, der følger af et direktiv, til at virkeliggøre dets mål, og til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger til at sikre opfyldelsen af denne pligt, alle myndighederne i medlemsstaterne inden for deres kompetence [19]. Det kan også udledes af Domstolens praksis, at der er pligt til at undlade at bringe nationale bestemmelser i anvendelse, som er i strid med direktivet [20]. Denne måde at overholde direktivet på kan ganske vist i praksis føre til, at private indirekte pålægges byrder eller forpligtelser. Dette er dog ikke et fællesskabsretligt problem, idet de af direktivet følgende retsvirkninger gør sig gældende over for den private gennem den nationale ret.

31. Derfor skal den nationale ret ligeledes undlade at anvende nationale retsforskrifter som de i lov nr. 58/92 fastsatte, hvis de er i strid med fællesskabsretten. Det frem-

16 — Dom af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 42.

17 — Dom af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969, præmis 13 ff.

18 — Kolpinghuis Nijmegen-dommen, jf. fodnote 17, præmis 6 ff., Marshall-dommen, jf. fodnote 8, præmis 48, og Arcaro-dommen, jf. fodnote 16, præmis 36 ff.

19 — Siden dom af 10.4.1984, sag 14/83, Von Colson og Kamann, Sml. s. 1891, præmis 26, senest bekræftet i Carbonari-dommen, jf. fodnote 2, præmis 48.

20 — Jf. dom af 28.3.1996, sag C-129/94, Ruiz Bernáldez, Sml. I, s. 1829, og af 30.4.1996, sag C-194/94, CIA Security International, Sml. I, s. 2201, præmis 42 ff.

går af Pretura's forelæggelseskendelse, at bestemmelserne i lov nr. 58/92, dvs. undtagelsen fra artikel 2112 i codice civile, ikke bør tages i betragtning, og at det er de almindelige bestemmelser, hvorved direktivet er blevet gennemført i national ret, der bør anvendes. Forpligtelsen til at varetage arbejdstagernes rettigheder følger således af anvendelsen af de italienske civilretlige bestemmelser, hvorved direktivet er blevet gennemført. Dette indebærer følgelig, at der ikke påhviler private forpligtelser, som direkte udspringer af direktivet.

II — *Spørgsmål 1*

32. Dette spørgsmål går ud på, om privatiseringen af et offentligt organ, som er oprettet af staten (og som virker inden for telekommunikationssektoren) er omfattet af direktivet, når den aktivitet, som det offentlige organ har udøvet, er blevet overdraget til et privat selskab, hvis eneaktionær er et andet offentligt organ.

Direktivets materielle anvendelsesområde

— Parternes argumenter

33. Sagsøgerne har gjort gældende, at det foreliggende tilfælde er omfattet af direktivet. Overførelsen til Iritel af de opgaver, som ASST løste på det område, der vedrører offentlige telekommunikationsydelser, udgør nemlig en overførsel af virksomhed som omhandlet i direktivets artikel 1. Overførelsen skete nemlig mod vederlag og under bevarelse af den overførte økonomiske enheds identitet. Som følge af lov nr. 58/92 blev samtlige rettigheder og produktionsmidler overført til Iritel. Samtidig blev praktisk talt samtlige ansatte i ASST overført til Iritel, hvor de har udført de samme opgaver, som de tidligere varetog i ASST, i de samme lokaler. Sagsøgerne har i den forbindelse henvist til Domstolen dom af 18. marts 1986, Spijkers [21].

34. Sagsøgerne mener, at det er uden betydning for, om direktivet finder anvendelse, at overførelsen ikke er sket ved en aftale mellem en overdrager og en erhverver, men ved tildeling af en koncession. Som Domstolen afgjorde i dom af 10. februar 1988, Daddy's Dance Hall, finder direktivet også anvendelse »i en situation, hvor ejeren af en virksomhed ved en uoverdragelig forpagtnings ophør bortforpagter virksomheden til en ny forpagter, som uden afbrydelse fortsætter

21 — Sag 24/85, Sml. s. 1119.

driften med det personale, som var blevet opsagt, da den første forpagtning ophørte« [22]. Det er også uden betydning, om overdrageren er en offentligretlig eller en privatretlig person. Ifølge direktivets artikel 2 kan enhver fysisk eller juridisk person være »overdrager«.

35. Endelig har sagsøgerne påstået, at lov nr. 58/92 ikke udgør en undtagelsesregel, som er overordnet artikel 2112 i codice civile, men kun gentager denne almindelige ordning for virksomhedsoverførelser. Heraf følger, at privatiseringen af ASST og overførelsen af ASST's opgaver til Iritel er omfattet af artikel 2112 i codice civile.

36. Sagsøgte har på sin side bestridt, at direktivet finder anvendelse på det omtvistede tilfælde. Ifølge dets artikel 1, stk. 1, er det en absolut betingelse for, at direktivet kan finde anvendelse, at overførelsen sker ved overdragelse eller fusion. Da overførelsen af ASST's opgaver til Iritel skete ved lov nr. 58/92 og tildeling af en ministeriel koncession, dvs. ved statslige foranstaltninger, er denne betingelse ikke opfyldt. Selv om Domstolen altid har fortolket begrebet »overdragelse« bredt, mener sagsøgte ikke, man kan undlade at kræve, at der ligger en aftale mellem en overdrager og en erhverver til grund for overførelsen.

37. Endvidere foreligger der ifølge sagsøgte kun en overførsel af virksomhed, hvis genstanden for overførelsen udgør en økonomisk enhed. De opgaver, som ASST har overført til Iritel, er imidlertid ikke af økonomisk art. Driften og etableringen af telefonnettet udgør snarere en tjenesteydelse af almen interesse, der tjener et offentligt formål. ASST forfulgte således ikke noget økonomisk formål ved udøvelsen af sin virksomhed.

38. Kommissionen, den østrigske og den finske regering samt Det Forenede Kongeriges regering mener, at direktivet finder anvendelse på det tilfælde, som tvisten i hovedsagen drejer sig om.

39. Den østrigske og den finske regering har understreget, at det afgørende kriterium for, om der foreligger en overførsel af virksomhed, er, at den økonomiske enhed, der fandtes før overførelsen, er bevaret. Ud fra oplysningerne i forelæggelseskendelsen kan det lægges til grund, at denne betingelse er opfyldt.

40. De tre regeringer, som har afgivet indlæg, og Kommissionen mener, at det er uden betydning for, om direktivet kan finde anvendelse, at ASST direkte er blevet oprettet af staten. Det fremgår således af Domstolens dom af 15. oktober 1996, Henke [23], der drejede sig om overdragelse af offentlige forvaltningsopgaver fra en kommune til en lokalforvaltning, at direk-

22 — Sag 324/86, Sml. s. 739, præmis 11. I dette tilfælde var der ikke direkte indgået nogen kontrakt mellem den tidligere og den nye arbejdsgiver.

23 — Sag C-298/94, Sml. I, s. 4989.

tivets anvendelighed ikke afhænger af overdragerens organisationsform, men udelukkende af den overdragne aktivitets art. Det er derfor kun opgaver, som henhører under udøvelsen af offentlig myndighed, der falder uden for direktivets anvendelsesområde. Domstolen bekræftede dette princip i en nyere dom af 10. december 1998 [24].

41. Desuden er det ikke i overensstemmelse med direktivets beskyttelsesmålsætning, nemlig at sikre varetagelsen af arbejdstagernes rettigheder, hvis en virksomhed skifter ejer, at sondre mellem overførelser af arbejdspladser fra den offentlige til den private sektor på den ene side og overførelser af en privat virksomhed til en anden privat virksomhed på den anden side. Derfor er det også uden betydning, at Iritel's eneaktionær, som er privatretligt stiftet, er et offentligt organ.

42. I denne forbindelse har den østrigske regering også peget på, at direktiv 98/50/EF om ændring af direktiv 77/187 [25] blot gentager Domstolens praksis. Det anføres således i femte betragtning til dette direktiv, at det af hensyn til retssikkerheden og gennemsigtigheden er nødvendigt, at der »på baggrund af Domstolens retspraksis« fastsættes en udtrykkelig bestemmelse. Den overførte aktivitets art gør det heller ikke muligt at udelukke, at direktivet finder anvendelse. At præstere tjenesteydelser på telekommunikationsområdet udgør nemlig under alle omstændigheder ikke en aktivitet, der henhører under udøvelsen af offentlig myndighed.

43. Kommissionen og Det Forenede Kongeriges regering mener ikke, der kan herske tvivl om, at de aktiviteter i forbindelse med tjenesteydelser på telekommunikationsområdet og i forbindelse med driften af det offentlige telefonnet, som ASST overførte til Iritel, er af økonomisk art. Den omstændighed, at overførelsen fandt sted mod vederlag, er i øvrigt et udtryk herfor. Der er derfor intet til hinder for at anvende direktivet.

44. Den finske regering og Kommissionen har under henvisning til Domstolens dom af 8. juni 1994, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige [26], tilføjet, at enhver virksomhed i den offentlige eller private sektor, som udøver økonomisk virksomhed, er omfattet af direktivet, uanset om den har til formål at indvinde økonomisk udbytte. Selv om de til Iritel overførte opgaver, som består i at præstere tjenesteydelser på telekommunikationsområdet, er blevet overdraget i almenhedens interesse og med et offentligt formål for øje, kan denne omstændighed derfor ikke alene begrænse direktivets anvendelsesområde. At der kræves en koncession, udelukker heller ikke, at der er tale om en økonomisk aktivitet. Dette krav har kun til formål at indføre et tilsyn for at beskytte forbrugerne.

24 — Forenede sager C-173/96 og C-247/96, Hidalgo m.fl., Sml. I, s. 8237.

25 — Rådets direktiv af 29.6.1998 (EFT L 201, s. 88).

26 — Sag C-382/92, Sml. I, s. 2435.

45. Endelig er det forhold, at der ikke er indgået en aftale mellem overdrageren og erhververen, ikke til hinder for, at direktivet finder anvendelse. Udtrykket »overdragelse« i direktivets artikel 1 skal ikke forstås bogstaveligt, da der er forskelle mellem de forskellige sprogversioner og de nationale lovgivninger med hensyn til dette begreb, men fortolkes i overensstemmelse med sit indhold og sit formål. Den østrigske, den finske og Det Forenede Kongeriges regering har navnlig henvist til dom af 7. februar 1985, Abels [27], Daddy's Dance Hall-dommen [28], dom af 19. maj 1992, Redmond Stichting [29], og af 11. marts 1997, Süzen [30]. Det fremgår af denne retspraksis fra Domstolen, at man kan afstå fra kravet om, at der skal være indgået en aftale mellem overdrageren og erhververen. Derfor kan en overførsel, der sker først ved lov og derpå ved tildeling af en koncession, også være omfattet af direktivets anvendelsesområde.

— Vurdering

46. Jeg skal indledningsvis erindre om, at det af sagsøgerne rejste spørgsmål om forholdet mellem artikel 2112 i codice civile og lov nr. 58/92 skal løses efter national ret. Om lov nr. 58/92 rent faktisk indeholder særregler, som udgør en undtagelse, og som har forrang frem for artikel 2112 i codice civile, henhører således ikke under Domstolens, men under den forelæggende rets kompetence.

a) Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en overførsel af virksomhed

47. Jeg skal i denne forbindelse indledningsvis minde om, at der ifølge Domstolens praksis foreligger en overførsel af virksomhed, når en økonomisk enhed fortsætter efter ejerskiftet og bevarer sin identitet. Ved bedømmelsen af, om denne betingelse er opfyldt, tager Domstolen hensyn til »alle de faktiske omstændigheder omkring overførelsen« [31]. Det skal navnlig klarlægges, i hvilken udstrækning de materielle og immaterielle aktiver er blevet overført, om størstedelen af arbejdsstyrken er blevet overtaget af den nye indehaver, og i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførelsen er de samme [32]. På baggrund af forelæggelseskendelsen må det antages, at overførelsen fra ASST til Iritel ifølge disse kriterier skal betegnes som en overførsel af virksomhed.

48. Endvidere må man tilslutte sig den opfattelse, som samtlige parter med undtagelse af sagsøgte, der har afgivet indlæg, har fremført, og hvorefter det er uden betydning for definitionen af »overførsel af virksomhed« i den forstand, hvori dette udtryk anvendes i direktivet, om overdrageren er en juridisk offentligretlig person eller en juridisk privatretlig person. Dette

27 — Sag 135/83, Sml. s. 469.
28 — Jf. fodnote 22.
29 — Sag C-29/91, Sml. I, s. 3189.
30 — Sag C-13/95, Sml. I, s. 1259.
31 — Süzen-dommen, jf. fodnote 30, præmis 14.
32 — Sammesteds.

følger først og fremmest af den bogstavelige definition af »overdrager« i direktivets artikel 2, litra a). Ifølge denne artikel kan enhver fysisk eller juridisk person — ikke kun privatretlige juridiske personer — være »overdrager« i direktivets forstand. Direktivets beskyttelsesformål bekræfter denne konklusion. Direktivet har nemlig til formål at beskytte arbejdstagernes rettigheder i alle de tilfælde, hvor de udsættes for de typiske risici, som et ejerskifte i virksomheden i princippet giver anledning til. Domstolen har i sin praksis vedrørende virksomhedsoverførelser altid henvist til dette beskyttelsesformål [33]. I relation til dette beskyttelsesformål må det være uden betydning, at overdrageren kan betegnes enten som en privat eller som en statslig virksomhed.

49. Sagsøgtes argument om, at ASST ikke selv havde status som en juridisk person, rokker ikke ved dette. Ganske vist nævnes der i definitionen af »overdrager« i direktivets artikel 2, litra a), kun fysiske og juridiske personer. Men denne betingelse opfyldes under alle omstændigheder af staten, som ledede og kontrollerede ASST i ASST's egenskab af offentligt organ. Denne opfattelse er ligeledes i overensstemmelse med Henke-dommen [34]. Heri fastslog Domstolen, at en reorganisering af den offentlige forvaltning, såsom en overførsel af forvaltningsopgaver mellem forskellige offentlige myndigheder, ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Domstolen lagde i begrundelsen navnlig vægt på, at reorganiseringen ikke vedrørte økonomisk virksomhed. Man kan udlede heraf, at direktivets anvendelsesområde ikke afhænger af, hvilken form for person overdrageren er, eller om han har offentligretlig eller privatretlig status, når han udøver en økonomisk aktivitet. Det er således ikke overdragerens status, som er afgørende, men den udøvede aktivitets art. Aktivitet, der henhører under udøvelsen af offentlig myndighed, kan ikke være genstand for en overførsel af virksomhed i direktivets forstand.

50. Denne begrænsning er blevet bekræftet i dommen i sagen Hidalgo m.fl. [35]. Det drejede sig i denne sag bl.a. om, hvorvidt der foreligger en overførsel af virksomhed, når et offentligretligt organ ved udløbet af kontrakten med en privat virksomhed overfører ydelsen af hjemmehjælp til personer med behov herfor til en anden privat virksomhed. Sagen drejede sig også om den tyske hærs tildeling af kontrakter til forskellige vagtselskaber. Domstolen fastslog under henvisning til Henke-dommen: »Den omstændighed, at den pågældende tjenesteydelse er udliciteret af en offentlig myndighed, kan heller ikke udelukke anvendelsen af direktiv 77/187, for så vidt som der hverken med hensyn til hjemmehjælp til personer med behov herfor eller bevogtningsopgaver er tale om udøvelse af offentlig myndighed« [36].

51. Undersøger man herefter arten af den aktivitet, som er blevet overført i hovedsagen, giver konklusionen sig selv. Sådan som størstedelen af de interesserede parter med rette har anført, henhører de af ASST

33 — Jf. navnlig Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 22, præmis 9, og Süzen-dommen, jf. fodnote 30, præmis 10.

34 — Jf. fodnote 23.

35 — Jf. fodnote 24.

36 — Jf. fodnote 24, præmis 24.

til Iritel overførte telekommunikationsydelser ikke under udøvelsen af offentlig myndighed, men udgør en økonomisk aktivitet. Iritel, og senere sagsøgte, har udøvet de samme aktiviteter som ASST, og i den forbindelse forfulgt et økonomisk mål. Det er netop formålet med en privatisering. Det ville være ret usædvanligt at mene, at der i ASST's tilfælde blev privatiseret en aktivitet, som henhører under udøvelsen af offentlig myndighed. I øvrigt går også grunddirektivet vedrørende privatiseringsforanstaltninger inden for telekommunikationssektoren, nemlig Kommissionens direktiv 90/388/EØF af 28. juni 1990 om liberalisering af markedet for teletjenester [37], principielt ud fra, at denne aktivitet er af økonomisk art. Det må således fastslås, at arten af den i tvisten i hovedsagen overførte aktivitet ikke kan medføre, at direktivet ikke finder anvendelse.

b) Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en »overdragelse«

52. Videre skal der med hensyn til betingelsen for, at der foreligger en overdragelse, henvises til Redmond Stichting-dommen [38]. Det drejede sig i denne sag om, hvorvidt der er tale om en overførsel af virksomhed, når en kommune ophører med at tildele støtte til en forening og med virkning fra det samme tidspunkt tildeler en anden forening, som virker inden for det samme område, denne støtte. Indstillingen af den økonomiske støtte havde foranlediget den førstnævnte forening, som navnlig ydede hjælp til stofmisbrugere, til fuldstændigt og definitivt at ophøre med sin aktivitet. De to foreninger — der udgjorde juridiske personer — og det organ, som ydede dem støtte — kommunen — havde imødeset og aftalt, ikke blot »at den første juridiske persons klienter/patienter så vidt muligt (skulle) overføres til den anden juridiske person, men også, at den faste ejendom, den første juridiske person (havde) lejet af den institution, der (ydede) støtten ... (skulle) udlejes til den anden juridiske person, samt at der så vidt muligt ... (skulle) gøres brug af den første juridiske persons' viden og ressourcer (eksempelvis personale)'« [39]. De arbejdstagere, som var ansat i den førstnævnte forening på grundlag af arbejdskontrakter, og som ikke var blevet overtaget af den sidstnævnte forening, havde, da deres arbejdskontrakter var blevet søgt ophævet ad retslig vej, påberåbt sig bestemmelserne i den nederlandske lovgivning, hvorved direktivet var blevet gennemført.

53. I dommen udtalte Domstolen sig i detaljer om begrebet »overdragelse«. Den erindrede indledningsvis om, at den i Abelsdommen [40] havde fastslået, at »rækkevidden af den omtvistede bestemmelse i direktivet ikke alene kan bedømmes på grundlag af dens ordlyd, når henses til forskellene mellem de sproglige versioner af denne bestemmelse og forskellene mellem de nationale lovgivninger med hensyn til begrebet overdragelse. Følgelig anlagde Domstolen en fortolkning af begrebet, der var tilstrækkelig smidig til at tilgodese direktivets formål, nemlig at beskytte arbejdstagerne

37 — EFT L 192, s. 10.
38 — Jf. fodnote 29.
39 0 — Præmis 6.
40 — Jf. fodnote 27.

ved overførsel af deres virksomhed, idet den fastslog, at direktivet finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden« [41]. At direktivet kan finde anvendelse, udelukkes derfor ikke alene af den omstændighed, at »overførelsen... finder sted i to omgange i den forstand, at virksomheden først tilbageføres fra lejeren til ejeren, som dernæst overfører den til den nye ejer« [42]. I lyset af disse betragtninger konkluderede Domstolen i Redmond Stichting-dommen, at begrebet »overdragelse« skal fortolkes således, at det »omfatter den situation, hvor en offentlig myndighed beslutter at standse udbetalingen af støtte til en juridisk person, hvorved dennes virksomhed fuldstændigt og definitivt bringes til ophør, og overfører støtten til en anden juridisk person med tilsvarende formål« [43].

54. Det kan udledes heraf, at den omstændighed, at overførelsen er foretaget af staten i form af en koncession, heller ikke i dette tilfælde er til hinder for, at direktivet kan finde anvendelse. I øvrigt synes ligeledes dets beskyttelsesformål at kræve, at det finder anvendelse.

41 — Redmond Stichting-dommen, jf. fodnote 29, præmis 10 ff., hvori der henvises til dom af 15.6.1988, sag 101/87, Bork International, Sml. s. 3057, præmis 13.

42 — Præmis 14.

43 — Præmis 21.

Det personelle anvendelsesområde — begrebet »arbejdstager«

55. Forelæggelseskendelsen indeholder ingen nærmere oplysninger om, på hvilke vilkår sagsøgerne var ansat hos den tidligere arbejdsgiver. Det fremgår derfor ikke, om de var tjenestemænd eller ansat på tjenestemandslignende vilkår i staten. Men uanset denne sondring melder det spørgsmål sig, om direktivet også finder anvendelse, når man går ud fra begrebet »arbejdstager«. Det er nemlig ikke givet, at personer, der har arbejdet for en statslig virksomhed, kan betragtes som arbejdstagere i direktivets forstand.

56. Ifølge Domstolens faste praksis tilsigter direktivet kun en delvis harmonisering af det pågældende område, idet det i det væsentlige bestemmer, at den beskyttelse, som arbejdstagerne har i henhold til de forskellige medlemsstaters egen lovgivning, også skal gælde i tilfælde, hvor virksomheden overføres. Det tilsigter ikke at indføre en ensartet beskyttelse for hele Fællesskabet på grundlag af fælles kriterier. Heraf følger, at »det kun er personer, som på en eller anden måde er beskyttet som arbejdstagere i kraft af den pågældende medlemsstats lovgivning, der kan påberåbe sig direktiv 77/187. Er dette tilfældet, garanterer direktivet, at deres rettigheder i henhold til arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet ikke indskrænkes som følge af overførelsen« [44].

44 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 26 ff.

— Parternes argumenter

57. Både den finske regering og Kommissionen er af den opfattelse, at sagsøgerne i hovedsagen er omfattet af direktivets personelle anvendelsesområde. Den finske regering har indledningsvis henvist til Domstolens praksis, hvorefter direktivet finder anvendelse på alle ansatte eller arbejdstagere, som ifølge national ret er beskyttet mod afskedigelse. Den finske regering har tilføjet, at selv om begrebet »arbejdstager«, sådan som det optræder i direktivet, skal defineres i henhold til den nationale ret, er der intet i hverken direktivet eller Domstolens praksis, der giver grund til at mene, at arbejdsforhold i den offentlige sektor automatisk falder uden for direktivets anvendelsesområde af rent formelle årsager. Det, der er afgørende, er den udøvede aktivitets art. Er der tale om en økonomisk aktivitet, er det uden betydning, om arbejdsgiveren er staten eller et offentligt organ. Man kan ikke af rent formelle grunde udelukke samtlige statsansatte fra direktivets anvendelsesområde.

58. Også Kommissionen har — efter at have peget på, at sagsøgerne i hovedsagen tilsyneladende var ansat i et offentligretligt arbejdsforhold og derfor ikke var arbejdstagere i italiensk rets forstand — henvist til aktivitetens art. Sagsøgerne i hovedsagen kunne ikke falde uden for direktivets anvendelsesområde, da de udførte det samme arbejde, som arbejdstagerne i den private virksomhed senere gjorde.

59. Endvidere har Kommissionen henvist til forarbejderne til direktivet, dvs. de to forslag af henholdsvis 1974 og 1975, hvis artikel 3, stk. 1, kun indeholdt begrebet »arbejdsforhold« og skulle regulere de rettigheder og pligter, som fulgte af et eksisterende arbejdsforhold. Under forhandlingerne havde den franske regering foreslået, at begrebet »arbejdskontrakt« også blev indføjet i artikel 3, stk. 1. De to begreber »arbejdskontrakt« og »arbejdsforhold« blev siden gentaget i artikel 4, stk. 2. Protokollen indeholder ikke nogen begrundelse for, hvorfor der blev indføjet et nyt begreb. Men det er uomtvisteligt, at både Den Franske Republik og Den Italienske Republik i 1970'erne drev et stort antal statslige virksomheder, hvis arbejdsforhold var underlagt forvaltningsretten.

60. Kommissionen mener ikke, at begreberne »arbejdskontrakt« og »arbejdsforhold« kan betragtes som ligestillede. »Arbejdsforhold« skal opfattes i modsætning til begrebet »arbejdskontrakt«, således at forstå, at alle arbejdstagere, hvis arbejdsforhold ikke er reguleret i en kontrakt, men i forvaltningsretlige bestemmelser, også er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Begrebet »arbejdsforhold« kan have den residuale, men vigtige, funktion at sikre, at direktivet også finder anvendelse, når det er en offentlig virksomhed, der overføres. Ifølge denne brede og analogiske fortolk-

ning af begrebet »arbejdsforhold« er arbejdstagere, som i den offentlige virksomhed havde lignende opgaver som de ansatte i de private selskaber, hvortil de er blevet overført, beskyttet i overensstemmelse med direktivets formål.

— Vurdering

61. Det er tvivlsomt, om aktivitetens art — økonomisk aktivitet i modsætning til aktivitet, der henhører under udøvelsen af offentlig myndighed — er et kriterium, som er tilstrækkeligt til at definere direktivets personelle anvendelsesområde. Hvad dette angår bør man henholde sig til Hidalgo-dommen [45]. Heri fastslog Domstolen, at direktivet fandt anvendelse, da det i denne sag ikke drejede sig om en aktivitet, der henhørte under udøvelsen af offentlig myndighed. Men hvis man udelukkende fæster sig ved aktivitetens art, ville alle ansatte, der ikke udøver en aktivitet, som henhører under udøvelsen af offentlig myndighed, automatisk være omfattet af direktivet, hvad enten de er statsansatte eller arbejdstagere. Senere i Hidalgo-dommen undersøgte Domstolen under henvisning til Danmols Inventar-dommen, om de ansatte var »beskyttet som arbejdstagere i henhold til den pågældende medlemsstats lovgivning på det arbejdsretlige område« [46].

62. Når det drejer sig om ansatte i et offentligt organ eller en statslig virksomhed, er det derfor kun de ansatte, som er beskyttet som arbejdstagere i henhold til den pågældende medlemsstats lovgivning, der er omfattet af direktivet. Alle øvrige falder uden for direktivets anvendelsesområde, også selv om de udøver en rent økonomisk aktivitet. Dette er imidlertid ofte tilfældet, når der er tale om privatisering af statslige virksomheder.

63. Den sondring, som Kommissionen har foretaget mellem begrebet »arbejdskontrakt« og begrebet »arbejdsforhold«, fører ikke nødvendigvis til, at det er berettiget at udvide direktivets anvendelsesområde til f.eks. også at omfatte statsansatte. Grænsen mellem de to begreber kan også bestå i, at begrebet »arbejdsforhold« betegner faktiske arbejdsforhold uden nogen kontraktlig forbindelse. Det er i hvert fald ikke givet, at dette leder til den konklusion, at arbejdsforhold i den offentlige sektor også er omfattet af direktivet.

64. En snæver fortolkning af arbejdstagerbegrebet ville imidlertid føre til, at der blev indført en sondring mellem de ansatte i et offentligt organ, således at nogle omfattes af direktivet og andre ikke. Det er tvivlsomt, om en sådan sondring ville være rimelig.

65. Hvad der kunne berettige en sådan forskellig behandling, er det særlige forhold, som en statsansat har til staten som arbejdsgiver. Dette forhold kan betegnes som et tillidsforhold til gengæld for, at staten eventuelt giver sine ansatte særlige privilegier. Når disse faktorer tages i betragtning, synes statsansatte ikke at have

45 — Jf. fodnote 24.

46 — Dommens præmis 24, jf. fodnote 24. I denne præmis henvises til de i fodnote 44 og 29 nævnte domme.

behov for beskyttelse, og de berøres normalt heller ikke af hverken virksomhedsoverførelser eller selskabsfusioner. Der kunne derfor drages den konklusion heraf, at direktivet ikke finder anvendelse på de ansatte i det tidligere statslige telefonselskab.

66. Imidlertid kan man ikke i almindelighed gå ud fra, at en offentlig ansat på grund af sin særlige stilling er lige så godt beskyttet efter den nationale lovgivning i tilfælde af privatisering. Den foreliggende sag repræsenterer derfor med hensyn til begrebet »arbejdstager« et særtilfælde. Her drejer det sig om personer, som arbejder inden for den offentlige sektor, og som berøres af en virksomhedsoverførsel, der resulterer i, at den privilegerede stilling, som deres »særlige tillidsforhold« til arbejdsgiveren eventuelt medfører, fratages dem og erstattes af et normalt privatretligt arbejdsforhold. Dette betyder, at de efter privatiseringen uomtvisteligt er arbejdstagere i direktivets forstand. På den baggrund er det tvivlsomt, om den strenge og formelle sondring på grundlag af arbejdstagerbegrebet, således som den i øjeblikket foreligger, også er passende i dette tilfælde. Den ville føre til, at direktivet ikke skulle anvendes ved privatiseringer, hvorimod — i det modsatte tilfælde — en arbejdstager, som var ansat inden for rammerne af et privatretligt arbejdsforhold, og som blev overført til et arbejdsforhold i den offentlige sektor, i det mindste ville kunne påberåbe sig direktivets personelle anvendelsesområde. Man kunne i så fald spørge, om statsansatte, der overføres til den private sektor, ikke har et lige så stort behov for beskyttelse som arbejdstagere i den private sektor, som overgår til en særligt beskyttet stilling som statsansatte.

67. Man må i denne forbindelse gøre sig klart, hvilket formål direktivet har. Det har, sådan som Domstolen har fastslået, til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne gives mulighed for at forblive i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der er aftalt med overdrageren [47]. Arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet videreføres således med fuld virkning med erhververen [48].

68. Når det fremgår af Domstolens praksis, at arbejdstagerne ifølge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren [49], indebærer det, at hverken lønvilkårene eller sammensætningen af lønnen kan ændres [50]. Endvidere kan arbejdstagerne ikke pålægges ulemper, heller ikke, selv om disse kompenseres af fordele [51]. Det betyder, at overførelsen ikke kan medføre nogen som helst form for ændring af arbejdsvilkårene.

47 — Dom af 25.7.1991, sag C-362/89, D'Urso m.fl, Sml. I, s. 4105, præmis 9, og af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Berg og Busschers, Sml. s. 2559, præmis 12 og 13.

48 — Berg og Busschers-dommen, jf. fodnote 47, præmis 12.

49 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 22, præmis 9.

50 — Dom af 12.11.1992, sag 209/91, Watson Rask og Christensen, Sml. I, s. 5755, præmis 31.

51 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 22, præmis 15.

69. I det foreliggende tilfælde af privatisering af en statslig virksomhed ville dette indebære, at samtlige de fordele, som de ansatte i den offentlige sektor tidligere var blevet tildelt, til at begynde med skulle overføres uændret til den private sektor.

70. I modsat fald ville — ud fra en snæver fortolkning af arbejdstagerbegrebet — statsansatte ikke nyde nogen form for beskyttelse ved en privatisering til trods for, at de mistede deres privilegerede stilling i forhold til staten.

71. Det forhold, at muligheden for privatisering ikke nævnes i direktivet, gør det ikke muligt at drage den konklusion, at statsansatte i et sådant tilfælde ikke kan være omfattet af den af direktivet ydede beskyttelse. Direktivet er fra 1977, dvs. et tidspunkt, hvor privatiseringer af statslige virksomheder endnu ikke var almindelige. Man kan derfor formode, at sådanne tilfælde ikke var taget i betragtning, da direktivet blev udstedt.

72. Det skal dog understreges, at det nye direktiv fra 1998 [52] ikke indeholder en bredere definition af begrebet »arbejdstager«. Dette direktiv finder ganske vist endnu ikke anvendelse på tvisten i hovedsagen, idet det først er trådt i kraft senere. Men det fremgår af indledningen til det [53], at det bl.a. har til formål at afklare begrebet »arbejdstager« på baggrund af Domstolens (i mellemtiden indførte) praksis. Sandsynligvis stødte man allerede på vanskelighederne ved at nå frem til en ensartet definition af begrebet »arbejdstager«, da man udarbejdede direktiv 77/187. Var det, både dengang og under udarbejdelsen af direktiv 98/50, hensigten, at offentligt ansatte også skulle være omfattet af direktivets beskyttelse — navnlig i forbindelse med privatiseringer? Det er ikke givet. I hvert fald undlod udstederne at indføre en klar bestemmelse herom. Der kan drages tre konklusioner. For det første kan det tænkes, at statsansatte bevidst er blevet holdt uden for direktivets beskyttelse. Lige så vel kan det tænkes, at der ikke har kunnet opnås enighed om, hvorvidt — og i givet fald hvordan — statsansatte skulle omfattes af direktivet. Endelig kan en tredje mulig fortolkning bestå i, at det på grund af forskellene mellem de nationale forhold ikke lykkedes at harmonisere arbejdstagerbegrebet.

73. Det oprindelige direktiv, som er relevant for løsningen af den aktuelle tvist, afstår helt fra en fællesskabsdefinition af begrebet »arbejdstager«. Det nye direktiv indskrænker sig derimod til at kodificere en definition af arbejdstagerbegrebet, som er udviklet i retspraksis i forbindelse med bestemte faktiske omstændigheder. Da Domstolen endnu ikke er blevet forelagt spørgsmål om privatiseringer, kan sådanne tilfælde ikke henføres under den definition af »arbejdstager«, som er fastlagt i retspraksis.

74. I øvrigt drejede Danmols Inventardommen [54], hvori Domstolen præciserede

52 — Jf. fodnote 25.

53 — Sjette betragtning.

54 — Jf. fodnote 44.

sit nugældende arbejdstagerbegreb, sig om helt andre faktiske omstændigheder. Det spørgsmål, der skulle løses, gik ud på, om en person, der ejer 50% af aktierne i det selskab, som det drejer sig om, kan betragtes som arbejdstager i forbindelse med overførsel af virksomheden. Definitionen af begrebet »arbejdstager« blev derfor ikke givet for at fastslå, hvorved dette begreb adskiller sig fra begrebet »offentligt ansat«, men kun for at drage en skillelinje mellem arbejdstagere og arbejdsgivere.

75. Dog kan ordlyden af Rådets direktiv 93/104/EF af 23. november 1993 om visse aspekter i forbindelse med tilrettelæggelse af arbejdstiden [55] tale imod en udvidelse af det nugældende arbejdstagerbegreb. I artikel 1, stk. 3, defineres direktivets anvendelsesområde som alle former for private og offentlige aktiviteter. Der henvises i den forbindelse til artikel 2 i Rådets direktiv 89/391/EØF af 12. juni 1989 om iværksættelse af foranstaltninger til forbedring af arbejdstagernes sikkerhed og sundhed under arbejdet [56]. Også heri henvises til offentlige og private aktiviteter. Desuden bestemmes det, at direktiv 89/391 ikke finder anvendelse, når særlige forhold i tilknytning til visse specifikke aktiviteter i den offentlige tjeneste på afgørende vis taler imod dette. Eftersom den offentlige sektor udtrykkelig nævnes i direktiv 93/104, som følgelig finder anvendelse på samtlige ansatte i den private og den offentlige sektor, kunne man derfor af den omstændighed, at den offentlige sektor ikke nævnes i direktiv 77/187, udlede, at man i dette direktiv ikke har haft til hensigt at udvide arbejdstagerbegrebet til også at omfatte den offentlige sektor.

76. I betragtning af de særlige rettigheder, som statsansatte nyder — såsom uopsigelighed — kunne man mene, at disse ansatte ikke ville være omfattet af direktivet om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder. Uopsigelighed forekommer imidlertid ikke kun i den offentlige sektor. Det kan udmærket tænkes, at der også i den private sektor er bestemmelser i de kollektive overenskomster, hvorefter personale med et langvarigt tilhørsforhold til den pågældende virksomhed nyder godt af en sådan beskyttelse, at det i praksis svarer til uopsigelighed. Også dette viser, at man ikke uden videre kan gå ud fra, at statsansatte altid er privilegerede og derfor også er omfattet af en særlig beskyttelse i forbindelse med virksomhedsoverførelser.

77. Formålet med direktivet er imidlertid særlig at beskytte personer, der berøres af en virksomhedsoverførsel. I den sammenhæng skal det understreges, at de pågældende arbejdstagere ifølge Domstolens praksis [57] — på grund af direktivets beskyttelsesformål — ikke kan give afkald på de rettigheder, som det giver dem, og at disse rettigheder ikke kan indskrænkes, heller ikke med arbejdstagernes samtykke. Domstolen har dog også anført, at direktivet

55 — EFT L 307, s. 18.
56 — EFT L 183, s. 1.
57 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 22, præmis 15, 16 og 17.

kun tilsigter en delvis harmonisering af det pågældende område, idet det i det væsentlige bestemmer, at den beskyttelse, som arbejdstagerne har i henhold til de forskellige medlemsstaters egen lovgivning, også skal gælde i tilfælde, hvor virksomheden overføres. »Direktivet kan derfor kun påberåbes med henblik på at sikre, at arbejdstageren opnår samme beskyttelse i forhold til erhververen, som han havde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende medlemsstats retsregler. For så vidt som det derfor i andre tilfælde end ved en virksomhedsoverdragelse i henhold til national ret er tilladt at ændre arbejdsforholdet til ugunst for arbejdstagerne, navnlig med hensyn til deres beskyttelse mod afskedigelse, er en sådan ændring ikke udelukket, blot fordi virksomheden i mellemtiden har været genstand for en overdragelse, og aftalen følgelig er indgået med den nye indehaver af virksomheden. Da erhververen nemlig i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1, er trådt i overdragerens sted med hensyn til de rettigheder og forpligtelser, som følger af arbejdsforholdet, kan dette i forhold til erhververen ændres i samme omfang, som det kunne have været ændret i forhold til overdrageren, dog således at overførelsen i sig selv under ingen omstændigheder giver nogen begrundelse for at foretage ændringer« [58].

78. Direktivet foreskriver også selv, at arbejdsvilkårene kan ændres af andre årsager end virksomhedsoverførelsen. Artikel 4, stk. 1, forbyder således kun afskedigelser, der udelukkende begrundes i virksomhedsoverførelsen. Direktivet er ikke til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager. Endvidere bestemmes det i artikel 3, stk. 2, at arbejdsvilkår, som er fastsat ved kollektiv overenskomst, skal opretholdes, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber som fastsat i den kollektive overenskomst, som er indgået med overdrageren. Dog kan medlemsstaterne ifølge artikel 3, stk. 2, andet punktum, begrænse den periode, hvori disse rettigheder skal opretholdes, hvis den er på mindst ét år.

79. Det vil derfor ikke føre til en for stor udvidelse af direktivets beskyttelsesområde, hvis det også anvendes på statsansatte, som overføres til en virksomhed i den private sektor. Da — som omtalt — en for snæver fortolkning af arbejdstagerbegrebet ikke gør det muligt at gennemføre direktivets beskyttelsesformål i det foreliggende tilfælde, må man på grund af direktivets generelle sigte gå ud fra, at det i det mindste omfatter de rettigheder, som denne sag drejer sig om [59].

58 — Jf. fodnote 57.

59 — Rådets begrundelse fra 1974 for forslaget til direktivet om virksomhedsoverforelser kunne også tale for denne opfattelse. Det anføres heri, at medlemsstaternes retssystemer for så vidt angår virksomhedskoncentrationer ikke i tilstrækkelig grad tager hensyn til arbejdstagernes interesser, og at dette *navnlig* gælder, når der foretages ændringer i henhold til civil- og handelsretlige bestemmelser. Selv om det er det civilretlige og det handelsretlige område, der fremhæves her, tyder det på, at der også er tænkt på andre sektorer, hvilket må betyde, at det offentligretlige område ikke er udelukket (KOM(74) 351 endelig udg.).

80. Det fremgår ligeledes af disse betragtninger, at der synes at være behov for en ensartet — bred — definition af begrebet »arbejdstager«, især med henblik på direktiverne om beskyttelse af arbejdstagerne.

81. Afslutningsvis skal det vedrørende dette punkt ligeledes bemærkes, at den omstændighed, at sagsøgerne efter italiensk ret havde mulighed for at fortsætte med at være offentligt ansatte, heller ikke kan udelukke, at direktivet finder anvendelse. Da sagsøgerne i så fald ville have fået en stilling i det offentlige, ville deres forbliven i offentlig tjeneste automatisk have medført, at de skulle have ændret arbejdsplads, arbejdsopgaver og eventuelt også arbejdssted. Hvis sagsøgerne havde ønsket at bevare deres arbejdsområde og i så vid udstrækning som muligt undgå ændringer i de generelle rammer for udførelsen af arbejdet, ville de ikke have haft andet valg end at forlade det offentlige og fortsætte med at udføre deres arbejde inden for rammerne af et privatretligt arbejdsforhold med Iritel. I et sådant tilfælde bør arbejdstageren være beskyttet af direktivet. Det ville være inkonsekvent at nægte ham denne beskyttelse, udelukkende fordi han ikke havde accepteret et tilbud fra sin tidligere arbejdsgiver, overdrageren, om fortsat ansættelse inden for et andet arbejdsområde. Denne konklusion støttes også af Domstolens praksis, hvorefter de retlige følger af en virksomhedsoverførsel indtræffer uafhængigt af arbejdstagerens vilje. Der accepteres kun én undtagelse, nemlig når arbejdstageren på grundlag af en efter et frit valg truffet beslutning ikke ønsker at fortsætte arbejdsforholdet [60]. I det foreliggende tilfælde er situationen den stik modsatte. De personer, som er berørt af virksomhedsoverførelsen, har ikke vægret sig ved at fortsætte deres arbejde hos erhververen, men har undladt at gøre brug af et tilbud om at forblive hos overdrageren. Denne omstændighed er derfor uden betydning for deres retsstilling i relation til direktivet.

82. På baggrund af ovenstående betragtninger forekommer det nødvendigt at udvide direktivets beskyttelsesområde, således at det også omfatter statsansatte, der som følge af en privatisering overføres til et privatretligt arbejdsforhold.

83. Spørgsmål 1 bør derfor besvares med, at artikel 1 i direktiv 77/187 finder anvendelse på en overførsel mod vederlag — som er godkendt ved statslig lov og fastsat ved ministerielt dekret — af en virksomhed, der foretages af et offentligt organ, som er oprettet direkte af staten, til et privat selskab, som er oprettet af et andet offentligt organ, der ejer selskabets samlede kapital, når den aktivitet, som overførelsen vedrører, overdrages til det private selskab ved en administrativ koncession.

III — *Spørgsmål 2), a)*

84. Andet spørgsmål drejer sig om, hvori de overførte rettigheder nærmere består, dvs. hvilke arbejdsvilkår der opretholdes.

60 — D'Urso-dommen, jf. fodnote 47, præmis 11.

Spørgsmål 2), a), vedrører sagsøgernes ret til at få udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse og beregningen af denne.

Parternes argumenter

85. Hvad dette punkt angår har sagsøgerne gjort gældende, at direktivets artikel 3, stk. 1, er ufravigelig, og udledt heraf, at de fra ASST til Iritel overførte ansatte kan påberåbe sig deres anciennitet med henblik på at få udbetalt en samlet fratrædelsesgodtgørelse. Sagsøgerne erkendte under retsmødet, at de efter italiensk ret kunne havde opnået en samlet beregning af fratrædelsesgodtgørelsen. Det ville imidlertid have krævet, at de genindbetalte den af ASST udbetalte fratrædelsesgodtgørelse til den nye arbejdsgiver inden for en frist på tredive dage efter virksomhedens overførelse. Denne alt for korte frist gjorde det imidlertid umuligt for dem at handle inden den udløb.

86. Sagsøgte har anført, at sagsøgerne efter italiensk ret kunne have fået udbetalt en samlet fratrædelsesgodtgørelse, hvis de havde genindbetalt den fratrædelsesgodtgørelse, som ASST havde udbetalt til dem. Hvad derimod angår de forpligtelser, der følger af direktivet, skal erhververen ifølge artikel 3, stk. 1, opretholde arbejdstagernes rettigheder, således som de bestod hos overdrageren på tidspunktet umiddelbart før overførelsen. Til gengæld tilsigter direktivet ikke, at arbejdstageren, der bevarer de rettigheder, som han har erhvervet i sit tidligere arbejdsforhold, ligeledes skal kunne opnå, at de fordele, som gælder hos den nye arbejdsgiver, finder anvendelse med tilbagevirkende kraft på ansættelsesperioder forud for overførelsen. For årene forud for overførelsen kan fratrædelsesgodtgørelsen derfor kun beregnes efter ASST's kriterier, mens den for perioden efter overførelsen skal beregnes i henhold til de regler, der var gældende hos Iritel, og som siden har været gældende hos sagsøgte.

87. Den østrigske og den finske regering mener, i lighed med sagsøgerne, at artikel 3 medfører, at samtlige de rettigheder og fordele, der knytter sig til ancienniteten, overføres og opretholdes. Den østrigske regering har i den forbindelse peget på, at direktivet ikke er til hinder for, at erhververen senere ændrer arbejdskontrakten, forudsat at den nationale ret ikke er til hinder for en sådan ændring i andre tilfælde end ved overførelse af virksomheden.

88. Kommissionen har gjort gældende, at erhververen ifølge direktivets artikel 3 er bundet af samtlige de forpligtelser, der påhvilede overdrageren som følge af det arbejdsforhold, der bestod, da virksomheden blev overført. Den har dog føjet til, at

lov nr. 58/92 ikke indeholder helt klare regler vedrørende dette punkt.

89. Ifølge retspraksis skal samtlige forpligtelser i henhold til arbejdskontrakten imidlertid overføres til erhververen. Dette må i overensstemmelse artikel 3, stk. 2, også omfatte rettigheder, der følger af kollektive overenskomster. Der må drages den konklusion heraf, at ancienniteten ikke må ændres med henblik på beregningen af fratrædelsesgodtgørelsen. Arbejdstagerne har derfor ret til at få udbetalt en samlet fratrædelsesgodtgørelse, der tager hensyn til den anciennitet, som de har opnået hos såvel den tidligere som den nye arbejdsgiver.

Vurdering

90. Der skal også i denne forbindelse henvises til de af Domstolens domme, der blev omtalt i punkt 67 og 68 ovenfor. Ifølge disse skal det sikres, at arbejdsforholdet kan opretholdes i sin oprindelige form [61], og der skal gives mulighed for, at arbejdsforholdet fortsættes på uændrede vilkår [62]. Formålet med direktivets artikel 3 er nemlig at beskytte arbejdstageren mod de risici, som en overførsel af virksomheden typisk giver anledning til. Det er derfor, at denne bestemmelse har til formål at sikre, at arbejdsforholdet opretholdes i fuldt omfang, og at der ikke kan finde nogen ændring sted af arbejdstagerens rettigheder udelukkende på grund af overførelse.

91. Imidlertid udgør ancienniteten ikke i sig selv en rettighed, som overføres samtidig med virksomheden, og som kan gøres gældende over for erhververen. Det er kun de rettigheder, der knytter sig til ancienniteten, som kan tænkes at blive overført. En arbejdstager kan derfor kræve udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse, hvis dette var en del af de vilkår, der var aftalt inden for rammerne af hans tidligere arbejdsforhold. Retligt betragtet kan denne rettighed opdeles i to elementer: dens grundlag og dens omfang.

92. Hvis arbejdstageren således hos den tidligere arbejdsgiver, overdrageren, havde ret til at få udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse, skal begge bestanddele af denne rettighed, dvs. ikke alene dens grundlag, men også dens omfang, ifølge direktivets artikel 3 overføres til erhververen, således at den på et senere tidspunkt kan gøres gældende over for denne. Det indebærer, at den nye arbejdsgiver, erhververen, skal beregne størrelsen af den fratrædelsesgodtgørelse, som han skal udbetale, efter de samme beregningsregler som dem, der var gældende hos overdrageren. Han skal i den forbindelse tage hensyn til ancienniteten. Erhververen skal også overholde de øvrige forudsætninger for retten til at få udbetalt fratrædelsesgodtgørelse, som gjaldt inden for rammerne af det tidligere arbejdsforhold. Alt efter indholdet af den pågældende arbejdskontrakt kan dette indebære, at den nye arbejdsgiver også skal udbetale fratrædelsesgodtgørelse for de år, hvori arbejdstageren har arbejdet for ham, til trods for at han ikke selv har bestemt, at der skal gælde

61 — Dom af 7.2.1985, sag 19/83, Wendelboe m.fl., Sml. s. 457, præmis 15.

62 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 22, præmis 9.

en sådan ordning. Ved beregningen af denne fratrædelsesgodtgørelse skal der ligeledes tages hensyn til den tid, som er tilbagelagt i overdragerens tjeneste.

93. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at det accepteres i Domstolens praksis, at der sker ændringer i arbejdsforholdet — også til ugunst for arbejdstageren — forudsat at overdrageren i henhold til national ret havde ret til at foretage sådanne ændringer i andre tilfælde end ved overførsel af virksomheden. Direktivet skal nemlig kun beskytte arbejdstageren i dennes retlige forhold til erhververen i den udstrækning, arbejdstageren i henhold til den nationale rets bestemmelser var beskyttet over for overdrageren. Heraf følger, at den nye arbejdsgiver kan ændre arbejdstagernes rettigheder i samme udstrækning, som overdrageren havde ret til at gøre [63]. Hvis overdrageren havde mulighed for at ændre arbejdstagerens rettigheder, kan denne mulighed nemlig ikke ophøre, blot fordi virksomheden overføres. Direktivet tager kun sigte på at forhindre, at virksomhedsoverførelsen alene kan anvendes som begrundelse for at forringe arbejdstagerens stilling, dvs. til at ophæve eller indskrænke hans erhvervede rettigheder [64]. Direktivet er således hverken til hinder for, at fratrædelsesgodtgørelsen tidsbegrænses, eller at den ikke beregnes samlet, hvis det er tilladt for den nye arbejdsgiver at ændre arbejdsvilkårene på dette punkt i andre tilfælde end ved overførsel af virksomheden.

63 — Watson Rask og Christensen-dommen, jf. fodnote 50, præmis 27 ff.

64 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 22, præmis 17.

94. Det kan i denne forbindelse nævnes, at det i det foreliggende tilfælde både hos den tidligere og den nye arbejdsgiver er foreskrevet, at der skal udbetales en fratrædelsesgodtgørelse, og at der i tvisten i hovedsagen formentlig kun er strid om måden, hvorpå denne godtgørelse skal beregnes. Da rettighederne, således som de forelå hos overdrageren, overføres uændret, overføres de beregningsregler, som var aftalt med overdrageren, ligeledes til erhververen. Derimod overføres fremtidige beregninger og tilpasninger, som kun var forudset, men som ikke udgjorde rettigheder for arbejdstageren, ikke. Der skal kun tages hensyn til rettigheder, som kunne gøres gældende over for overdrageren. Arbejdstageren har således lige så lidt ret til den samme behandling som sine nye (eventuelt bedre behandlede) kolleger i den private sektor, som han har ret til en udvidelse med tilbagevirkende kraft af de eventuelt mere gunstige regler hos erhververen, således at de også omfatter år tilbagelagt hos overdrageren.

95. På grundlag af de foranstående kriterier tilkommer det den forelæggende ret at vurdere, om den godtgørelse, som er blevet udbetalt til sagsøgerne, er i overensstemmelse med de vilkår, der var gældende hos ASST, eller om sagsøgte som erhverver har ændret retten til en fratrædelsesgodtgørelse uafhængigt af virksomhedsoverførelsen i en udstrækning, som ikke var tilladt hos ASST. Hvis den forelæggende ret ved denne vurdering kommer frem til, at der er sket en ulovlig indskrænkning af sagsøgernes ret til en fratrædelsesgodtgørelse, vil fratrædelsesgodtgørelsen skulle beregnes på ny på grundlag af den samlede anciennitet og i

henhold til de beregningsregler, som var gældende hos ASST.

96. Spørgsmål 2), a), må følgelig besvares med, at arbejdstagerne har ret til at få udbetalt en samlet fratrædelsesgodtgørelse, som tager hensyn til deres samlede anciennitet (hos den tidligere og den nye arbejdsgiver), når de ifølge den med overdrageren indgående arbejdskontrakt havde en sådan rettighed, og når erhververen ikke med føje har ændret denne rettighed uafhængigt af virksomhedsoverførelsen.

IV — *Spørgsmål 2), b)*

97. Anden del af spørgsmålet drejer sig om reglerne for beregning af de regelmæssige lønforhøjelser for så vidt angår perioden efter overførelsen af virksomheden.

Parternes argumenter

98. Sagsøgerne, den finske og den østrigske regering samt Kommissionen har foreslået, at også dette delspørgsmål b) besvares bekræftende, idet de har henvist til de grunde, som de har gjort gældende i forbindelse med delspørgsmål a).

99. Sagsøgte har indledningsvis anført, at anciennitet i sig selv hverken udgør en ret eller en fordel, men udelukkende en faktisk omstændighed, hvortil der kan knytte sig retsvirkninger. Endvidere har sagsøgte henvist til den kollektive overenskomst, som i det foreliggende tilfælde regulerede de tidligere ASST-ansattes anciennitetstilknyttede rettigheder med hensyn til løn.

Vurdering

100. Som jeg anførte i forbindelse med spørgsmål 2), a), må der gives sagsøgte medhold i, at erhvervet anciennitet ikke udgør en rettighed for arbejdstageren i den betydning, hvori udtrykket anvendes i artikel 3, stk. 1. Heri sigtes nemlig til sådanne specifikke rettigheder — eksempelvis retten til lønforhøjelse på grundlag af anciennitet — som allerede forelå inden for rammerne af arbejdsforholdet med overdrageren. Disse rettigheder overføres til erhververen. Hvis de allerede var reguleret i kollektive overenskomster hos overdrageren, overføres de i overensstemmelse med direktivets artikel 3, stk. 2, hvorefter kollektive overenskomster også gælder i forhold til erhververen, dog kun indtil de opsiges eller udløber.

101. Om dette ligeledes omfatter fremtidige lønforhøjelser, afhænger af, om disse på en eller anden måde er blevet aftalt med overdrageren, således at arbejdstageren har ret til sådanne forhøjelser. Det er den nationale ret, der skal undersøge disse

faktiske omstændigheder. I denne forbindelse skal det endnu en gang nævnes, at det ifølge Domstolens praksis er tilladt at ændre arbejdsforholdene, hvis en sådan ændring også havde kunnet foretages hos overdrageren i andre tilfælde end ved overførelsen.

102. Spørgsmål 2), b), må følgelig besvares med, at direktivets artikel 3, stk. 1, skal fortolkes således, at en erhvervet anciennitet kun overføres til erhververen inden for rammerne af de rettigheder, som knytter sig til den i medfør af arbejdsforholdet med overdrageren.

E — Forslag til afgørelse

103. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»Uanset hvordan direktivet skal anvendes på baggrund af ovenstående betragtninger, skal det under alle omstændigheder fortolkes på følgende måde:

1) Artikel 1 i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter finder anvendelse på en overførsel mod vederlag — som er godkendt ved statslig lov og fastsat ved ministerielt dekret — af en virksomhed, der foretages af et offentligt organ, som er oprettet direkte af staten, til et privat

selskab, som er oprettet af et andet offentligt organ, der ejer selskabets samlede kapital, når den aktivitet, som overførelsen vedrører, overdrages til det private selskab ved en administrativ koncession.

2) a) Direktivets artikel 3, stk. 1, skal fortolkes således, at arbejdsforholdet skal fortsættes med erhververen, og at arbejdstagerne derfor har ret til at få udbetalt en fratrædelsesgodtgørelse, som tager hensyn til deres samlede anciennitet (hos den tidligere og den nye arbejdsgiver), hvis de havde en sådan rettighed ifølge den arbejdskontrakt, som de havde indgået med overdrageren.

2) b) Direktivets artikel 3, stk. 1, skal fortolkes således, at en erhvervet anciennitet kun overføres til erhververen inden for rammerne af de rettigheder, som knytter sig til den i medfør af arbejdsforholdet med overdrageren.«