

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
WALTER VAN GERVEN

fremSAT den 10. november 1992 *

*Hr. præsident,
De herrer dommere,*

henhold til de på overførselstidspunktet
bestående arbejdsforhold ...

1. I de foreliggende sager stilles Domstolen en række spørgsmål fra to tyske retsinstanser, Arbeitsgericht Bamberg (sag C-132/91) og Arbeitsgericht Hamburg (sagerne C-138/91 og 139/91). Disse spørgsmål drejer sig om, hvorvidt Bundesarbeitsgericht's praksis, hvorefter en arbejdstager har ret til at rejse indsigelse mod overførslen af sit arbejdsforhold ved overførsel eller fusion af virksomheder, er forenelig med artikel 3 og 7 i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 (herefter benævnt »direktivet«)¹.

2) Den tidligere arbejdsgiver og den nye indehaver hæfter solidarisk for forpligtelser i henhold til stk. 1, såfremt disse er opstået før tidspunktet for overførslen og forfalder inden udgangen af et år efter dette tidspunkt. Forfalder sådanne forpligtelser efter tidspunktet for overførslen, hæfter den tidligere arbejdsgiver dog kun for dem i det omfang, der svarer til den del af forpligtelsernes varighed, der er forløbet på tidspunktet for overførslen.«

Faktisk og retlig baggrund

2. § 613a, stk. 1 og 2, i den tyske borgerlige lovbog (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), der blev indført ved bedriftsforfatningsloven, »Betriebsverfassungsgesetz«, af 15. januar 1972², og som følgelig blev udstedt før direktivet, lyder således:

»1) Overgår en virksomhed eller virksomhedsdel til en anden indehaver ved retshandel, indtræder indehaveren i de rettigheder og forpligtelser, der gjaldt i

3. Ved lov af 13. august 1980³ blev § 613a i BGB ændret med henblik på gennemførelse af direktivet. Den ovenfor citerede del af bestemmelsens stk. 1 og 2 forblev dog uændret. Kort tid efter indførelsen af § 613a i BGB, nemlig i 1974, udviklede Bundesarbeitsgericht, den øverste tyske domstol med kompetence i arbejdsretlige sager, en retspraksis, hvorefter arbejdstageren i tilfælde af, at en virksomhedsdel overdrages til en anden indehaver ved retshandel, ikke er forpligtet til at affinde sig med, at hans arbejdskontrakt automatisk overgår til erhververen. Arbejdstageren har en indsigelsesret i den forstand, at han kan erklære, at retsvirkningerne af overførslen ikke indtræder for hans vedkommende⁴. I senere afgørelser har Bundesar-

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Direktiv om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT 1977 L 61, s. 26).

2 — Bundesgesetzblatt I, s. 13.

3 — Bundesgesetzblatt I, s. 1308.

4 — Bundesarbeitsgericht's dom af 2.10.1974, BAG AP, nr. 1 vedrørende § 613a.

beitsgericht bekræftet denne retspraksis og nærmere præciseret indholdet af indsigelsesretten⁵. I henhold til Bundesarbeitsgericht er hjemlen for indsigelsesretten først og fremmest at finde i grundsætningen om beskyttelse af arbejdstageren, således som denne er kommet til udtryk i § 613a i BGB. Som retsgrundlag for den borgerretlige grundsætning, at ingen kan tvinges til mod sin vilje at affinde sig med et debitorskifte, har Bundesarbeitsgericht henvist til arbejdsforholdets personlige karakter og til de i den tyske grundlov anerkendte grundsætninger om en persons frihed og om det frie valg af erhverv⁶.

idet han hævdede, at han handlede i Mitossis' navn. Katsikas anlagde herefter sag ved Arbeitsgericht Bamberg med det formål at opnå betaling af forskellige beløb, som han skulle have til gode for tiden før hans afskedigelse og for den periode, der tilkom ham som opsigelsesfrist. Til sit forsvar har Konstantinidis anført, at han på tidspunktet for afskedigelsen af Katsikas ikke var dennes arbejdsgiver, men havde overdraget den pågældende restaurant, inklusive arbejdsforholdet med Katsikas, til Mitossis.

5. Under disse omstændigheder har Arbeitsgericht Bamberg forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

4. Følgende faktiske omstændigheder ligger til grund for sag C-132/91. Katsikas, sagsøger i hovedsagen, var beskæftiget som kok i den græske restaurant »Fischtaverne« i Lichtenfels; ejer af restauranten var Konstantinidis, sagsøgte i hovedsagen. Ved kontrakt mellem Konstantinidis og Mitossis blev ledelsen af restauranten overdraget til sidstnævnte med virkning fra den 2. april 1990. I denne kontrakt forpligtede Mitossis sig til, fra denne dato at regne, at fritage Konstantinidis for alle forpligtelser hidrørende fra driften af restauranten, især for forpligtelserne til at betale lønninger og ansætte personale. Katsikas, der rejste indsigelser mod overførslen til den nye arbejdsgiver, forlangte af Konstantinidis at blive beskæftiget i en anden restaurant, som sagsøgte drev. Den 26. juni 1990 afskedigede Konstantinidis ham,

»1) Kan en arbejdstager, som på tidspunktet for overførslen, jf. artikel 1, stk. 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, er ansat hos overdrageren, i henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, rejse indsigelse mod, at overdragerens rettigheder og pligter overgår til erhververen, med det resultat, at overdragelsen af overdragerens rettigheder og pligter til erhververen *ikke* finder sted?

2) Såfremt spørgsmål 1 besvares benægtende:

5 — Dom af 21.7.1977, BAG AP, nr. 8 vedrørende § 613a i BGB, af 17.11.1977, BAG AP, nr. 10 vedrørende § 613a i BGB, af 6.2.1980, BAG AP, nr. 21 vedrørende § 613a i BGB, af 15.2.1984, BAG AP, nr. 37 vedrørende § 613a i BGB, og af 30.10.1986, BAG AP, nr. 55 vedrørende § 613a i BGB.

6 — I sine skriftlige erklæringer støtter den tyske regering endvidere indsigelsesretten på forbudet mod tvangs- og pligtarbejde i henhold til artikel 4, stk. 2, i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettighederne og de grundlæggende frihedsrettigheder.

Er en i en medlemsstats nationale lovgivning hjemlet adgang til at rejse en sådan indsigelse som omhandlet i spørgsmål 1 en for arbejdstagerne gunstigere bestemmelse, jf. artikel 7 i direktiv 77/187?

- 3) Såfremt spørgsmål 2 besvares bekræftende:

Skal artikel 7 i direktiv 77/187 fortolkes således, at der skal være tale om *udtrykkelige* (gunstigere) administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser?

- 4) Såfremt spørgsmål 3 besvares benægtende:

Skal artikel 7 i direktiv 77/187 fortolkes således, at medlemsstaternes retsinstanser ved fortolkning af de nationale administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser kan skabe 'bestemmelser', som er gunstigere for arbejdstagerne?»

6. Følgende faktiske omstændigheder ligger til grund for sagerne C-138/91 og C-139/91. Skreb og Schroll er arbejdstagere i selskabet PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nfl. GmbH (herefter benævnt »Paetz«). Siden 1968 havde Skreb været beskæftiget i læsningsafdelingen som lagerarbejder og truckfører, mens Schroll havde været beskæftiget som havnearbejder i ca. ni år. Med virkning fra den 1. oktober 1990 overdrog Paetz sin læsningsafdeling til Carl Tiedemann GmbH & Co. (herefter benævnt »Tiedemann«). I henhold til § 613a, stk. 1, i BGB rejste Skreb, Schroll og andre arbejdstagere indsigelse mod overførslen af deres arbejdsforhold til dette selskab. Ved skrivelse af 8. oktober 1990 opsagde Paetz arbejdsforholdet med Skreb og Schroll; opsigelsen skete rettidigt.

Skreb og Schroll har anfægtet afskedigelsen og anlagt sag for at opnå beskyttelse mod uberettiget opsigelse. De har anført, at deres arbejdsforhold med Paetz fortsat består uforandret og hverken er overgået til Tiedemann i henhold til § 613a i BGB eller ophørt at bestå ved afskedigelsen af 8. oktober 1990. Deres indsigelse har nemlig forhindret overførslen af deres arbejdsforhold til den nye indehaver af virksomhedsdelen. Dette fremgår af Bundesarbeitsgericht's faste praksis. Da afskedigelsen, der skete ved nævnte skrivelse, efter deres opfattelse er ubeføjet og socialt set ikke er begrundet, har Skreb og Schroll krævet, at deres beskæftigelse uforandret videreføres hos Paetz.

I modsætning hertil har Paetz gjort gældende, at der ikke består noget arbejdsforhold mellem selskabet og sagsøgerne i hovedsagen. Deres indsigelse mod overførslen af arbejdsforholdet er ugyldig, da den strider mod fællesskabsretten. I henhold til direktivet overgår en arbejdstagers arbejdsforhold ved overførsel af en virksomhed nemlig automatisk til erhververen af virksomheden, uden at arbejdstageren kan rejse indsigelse herimod.

7. Arbeitsgericht Hamburg har anført, at der her foreligger et spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktivet og har i sagerne C-138/91 og C-139/91 forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Er der tale om en 'gunstigere' bestemmelse, jf. artikel 7 i direktiv 77/187/EØF, når en arbejdstager i forbindelse med bedriftens overførsel kan rejse indsigelse mod, at hans arbejdsforhold overgår til erhververen, med den virkning, at dette heller ikke sker?«

Præcisering af problemstillingen

8. Kernen i alle tre sager er den samme, nemlig spørgsmålet, om det forhold, at der indrømmes arbejdstageren en indsigelsesret, som, når den udøves, betyder, at arbejdstagerens arbejdsforhold med overdrageren ikke kan overgå til erhververen, er foreneligt med direktivet. De forelæggende retsinstanser behandler dog denne problematik ret forskelligt. Arbeitsgericht Bamberg tager udgangspunkt i direktivets artikel 3, stk. 1, og spørger, om indsigelsesretten er forenelig med denne bestemmelse. For det andet spørger denne retsinstans, om en sådan indsigelsesret, hvis dette *ikke* er tilfældet, alligevel kan fastsættes i en national administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse i henhold til direktivets artikel 7, hvad enten dette sker udtrykkeligt eller indirekte, hvilket her vil sige ved fortolkning i retspraksis. I sagerne C-138/91 og C-139/91 koncentrerer Arbeitsgericht Hamburg sin problematik umiddelbart om direktivets artikel 7.

9. Med henblik på en bedre forståelse af problemstillingen skal jeg citere de herved nævnte artikler i direktivet.

Direktivets artikel 3, stk. 1, lyder således:

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

Medlemsstaterne kan bestemme, at overdrageren også efter overførslen i henhold til artikel 1, stk. 1, og sammen med erhververen er ansvarlig for de forpligtelser, som følger af en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold.«

En sammenligning mellem direktivets artikel 3, stk. 1, og § 613a, stk. 1 og 2, i BGB viser, at første afsnit i artikel 3, stk. 1, omtrentligt stemmer overens med den allerede citerede del af stk. 1 i § 613a i BGB, og at stk. 2 i § 613a i BGB indeholder en nærmere præciseret regulering, således som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 1, andet afsnit.

Direktivets artikel 7 lyder derimod således:

»Dette direktiv begrænser ikke medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne.«

10. I betragtning af denne retlige baggrund mener jeg, at Arbeitsgericht Bamberg med føje foretrækker at behandle problematikken først ud fra artikel 3, stk. 1, og først herefter ud fra artikel 7 i direktivet. Det centrale i denne problemstilling er nemlig, hvorvidt artikel 3, stk. 1, og dermed også den bestemmelse i national ret, hvorved denne artikel er blevet gennemført — i Tysklands tilfælde § 613a i BGB, som blev tilpasset direktivet

ved lov af 13. august 1980 — gør det muligt at lade arbejdstagerne beholde muligheden for at disponere over den retsbeskyttelse, der ydes dem i direktivet, ved en retshandling (i det foreliggende tilfælde ved en ensidig retshandling, der alene udgår fra arbejdstageren).

I umiddelbar tilknytning hertil skal jeg tilføje, at det, hvad *princippet* om indsigelsesretten angår, ikke gør nogen stor forskel, om man undersøger denne ret, således som den er blevet udformet i Bundesarbeitsgericht's praksis, umiddelbart i forhold til artikel 3, stk. 1, eller set ud fra artikel 7 i direktivet. Det afgørende med hensyn til artikel 3, stk. 1 (se nedenfor, punkt 16), er ligesom ved artikel 7 i direktivet, om en sådan indsigelsesret er gunstigere for arbejdstagerne.

11. Jeg vil behandle de præjudicielle spørgsmål som følger. Først skal jeg undersøge, om der af direktivets artikel 3, stk. 1, som sådan følger en ret for arbejdstageren til at rejse indsigelse mod overførslen af hans arbejdsforhold til erhververen, eller om denne bestemmelse a priori udelukker en sådan indsigelsesret. Jeg skal herved tage stilling til, om indsigelsesretten er gunstigere for arbejdstageren end princippet i direktivet og, i givet fald, under hvilke forudsætninger. Til sidst skal jeg gennemgå spørgsmålet, om Bundesarbeitsgericht's praksis kan anses for at være en gunstigere bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 7. Efter min opfattelse er det formålstjenligt indledningsvis endnu engang at redegøre for direktivets målsætning og dets opbygning samt for Domstolens praksis.

Direktivets målsætning og opbygning

12. Domstolen har allerede flere gange redegjort for direktivets målsætning og opbyg-

ning. For at undgå at omstruktureringer og sammenslutninger af virksomheder, som gennemførelsen af det fælles marked medfører, sker på bekostning af den sociale beskyttelse af arbejdstagerne, skal direktivet

»sikre, at arbejdstageres rettigheder oprettholdes i videst muligt omfang, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne ifølge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren«⁷.

Målsætningen med direktivet er dermed af udpræget socialretlig karakter: Ved en virksomhedsoverførsel skal det i arbejdstagerens interesse sikres, at dennes arbejdsforhold og de sociale rettigheder, der er opnået i forbindelse med dette forhold, vedbliver at bestå⁸. Dette er baggrunden for reglerne i den ovenfor citerede artikel 3, stk. 1, og bestemmelserne i artikel 4, stk. 1, i direktivet, hvorefter overførslen af en virksomhed ikke i sig selv giver overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser⁹.

13. Domstolen har indtil dato kun anerkendt en enkelt indskrænkning af den beskyttelse,

7 — Dom af 17.12.1987, sag 287/86, Ny Mølle Kro, Sml. s. 5465, præmis 12, af 10.2.1988, sag 324/86, »Daddy's Dance Hall«, Sml. s. 739, præmis 9, af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Berg, Sml. s. 2559, præmis 12, af 15.6.1988, sag 101/87, Bork, Sml. s. 3057, præmis 13, og af 25.7.1991, sag C-362/89, d'Urso, Sml. I, s. 4105, præmis 9.

8 — Jf. Berg-dommen, nævnt ovenfor, præmis 13, og d'Urso-dommen, nævnt ovenfor, præmis 9.

9 — Se med henblik på en redegørelse for opbygningen af direktivet også dom af 7.2.1985, sag 19/83, Wendelboe, Sml. s. 457, præmis 15, og af 17.12.1987, Ny Mølle Kro, nævnt ovenfor, præmis 11.

der opstilles i direktivet; denne vedrører det tilfælde, at arbejdstageren frivilligt siger op, efter at overførslen af virksomheden er sket. Som Domstolen fastslog i Danmols Inventardommen og bekræftede i d'Urso-dommen er den af direktivet tilsigtede beskyttelse nemlig

»formålsløs, når den pågældende efter en beslutning, som han har truffet efter eget frie valg, ikke fortsætter arbejdsforholdet hos den nye indehaver efter overførslen. Dette er tilfældet, når den arbejdstager, der er tale om, af egen fri vilje opsiger arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet med virkning fra tidspunktet for overførslen, eller når kontrakten eller arbejdsforholdet bringes til ophør med virkning fra tidspunktet for overførslen i medfør af en aftale, som arbejdstageren frivilligt har indgået med overdrageren eller erhververen af virksomheden. I en sådan situation må det derfor antages, at direktivets artikel 3, stk. 1, ikke finder anvendelse«¹⁰.

Det kan udledes af denne dom, at der i direktivet tilsigtes en beskyttelse af arbejdstagerne, såfremt disse på tidspunktet for overførslen stadig er beskæftigede i den virksomhed eller virksomhedsdel, overdrageren har overført. Dette er ikke tilfældet, hvis de af egen drift har sagt deres arbejdsforhold op på tidspunktet for virksomhedsoverførslen.

14. Selv om direktivet ifølge præambelen skal mindske forskellene mellem medlemsstaterne for så vidt angår omfanget af beskyttelsen af arbejdstagerne¹¹, står det fast, at de beskyttelsesregler, der er fastsat i direktivet, kun er

udtryk for et fællesskabsretligt minimum. Som Domstolen fastslog i sagerne Danmols Inventar og »Daddy's Dance Hall«, indfører direktivet med andre ord ikke noget ensartet beskyttelsessystem på grundlag af fælles kriterier: Det begrænser sig i det væsentlige til at udvide den beskyttelse, som arbejdstagerne allerede har i henhold til de forskellige medlemsstaters egen lovgivning, til at omfatte det tilfælde, hvor der sker en virksomhedsoverførsel¹². I betragtning heraf og af direktivets først og fremmest socialretlige betydning står det — i henhold til direktivets artikel 7 — alligevel medlemsstaterne frit at anvende eller indføre bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne.

Indsigelsesrettens forenelighed med direktivets artikel 3, stk. 1

15. Ligesom Kommissionen er jeg af den opfattelse, at der ikke af direktivets artikel 3, stk. 1, selv fremkommer nogen indsigelsesret for arbejdstageren, der, når den udøves, bevirker, at hans arbejdsforhold med overdrageren vedbliver at bestå. Dette følger klart af dommen i Berg-sagen. I denne sag havde Nederlandenes Høje Raad spurgt Domstolen, om det følger af artikel 3, stk. 1, at overdrageren efter tidspunktet for virksomhedsoverførslen (og alene på grund af denne overførsel) er befriet for de forpligtelser, der følger af arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet, også hvis de arbejdstagere, der er beskæftigede i virksomheden, ikke er indforståede med eller rejser indsigelse mod denne retsvirkning. Domstolens svar er klart:

10 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 16, og d'Urso-dommen, præmis 11.

11 — Tredje betragtning til direktivet.

12 — Danmols Inventardommen, nævnt ovenfor, præmis 26, og »Daddy's Dance Hall«-dommen, nævnt ovenfor, præmis 16.

»En gennemgang af artikel 3, stk. 1, især forholdet mellem de to afsnit, viser, at overførslen af virksomheden fuldt ud indebærer, at arbejdsgiverens forpligtelser ifølge en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold overgår fra overdrageren til erhververen, idet medlemsstaterne dog har mulighed for at bestemme, at overdrageren og erhververen efter overførslen hæfter solidarisk. Det følger heraf, at medmindre medlemsstaterne anvender denne mulighed, frigøres overdrageren fra sine forpligtelser i egenskab af arbejdsgiver alene som følge af overførslen, og denne retsvirkning er ikke undergivet de berørte arbejdstageres samtykke«¹³.

Domstolen afviste det anbringende fra arbejdstagerne i hovedsagen, hvorefter denne fortolkning skulle være uforenelig med målsætningerne med direktivet. Efter at Domstolen havde henledt opmærksomheden på sin faste retspraksis herom (se ovenfor, punkt 12 ff.), fastslog den følgende vedrørende direktivets formål:

»Formålet er derimod ikke at videreføre den arbejdskontrakt eller det arbejdsforhold, der bestod med overdrageren, såfremt de i virksomheden ansatte arbejdstagere ikke ønsker at arbejde for erhververen«¹⁴.

16. Det er et helt andet spørgsmål, om artikel 3, stk. 1, også *udelukker* en sådan indsigelsesret for arbejdstagerne, med andre ord,

om bestemmelsen er til hinder herfor¹⁵. Efter min opfattelse følger dette ikke af fællesskabets retspraksis som sådan. Det står kun fast, at Domstolen i »Daddy's Dance Hall«-dommen udtrykkeligt har udelukket, at arbejdstagere — endog på frivillig basis — kan samtykke i en *indskrænkning* af de rettigheder, der tilkommer dem på grundlag af direktivet, navnlig hvad beskyttelsen mod afskedigelse angår. Med henvisning til den socialretlige målsætning med direktivet har Domstolen fastslået følgende:

»Da denne beskyttelse er udtryk for en ufravigelig retsgrundsætning og som sådan unddraget kontraktparternes dispositionsret, må direktivets regler, navnlig om beskyttelse af arbejdstagerne mod afskedigelse som følge af overførslen, betragtes som præceptive i den forstand, at de ikke kan fraviges til ugunst for arbejdstagerne«¹⁶.

Heraf følger, ifølge Domstolen,

»at arbejdstagerne ikke kan give afkald på de rettigheder, direktivet giver dem, og at rettighederne ikke kan indskrænkes, heller ikke med arbejdstagerens samtykke. Denne fortolkning ændres ikke af, at arbejdstageren, som i det foreliggende tilfælde, opnår andre

13 — Berg-dommen, præmis 11.

14 — Berg-dommen, præmis 12.

15 — Anderledes er igen det spørgsmål, som den verserende sag, C-126/92, Esser, drejer sig om, nemlig om artikel 3, stk. 1, for så vidt bestemmelsen ikke indeholder nogen indsigelsesret, er uforenelig med retten til fri udøvelse af erhverv. Jeg skal ikke her gå nærmere ind på dette spørgsmål. Det må her være tilstrækkeligt at bemærke, at artikel 3, stk. 1, hvis der ud fra en første betragtning er tale om en sådan uforenelighed, alligevel kan fortolkes i overensstemmelse med denne fundamentale rettighed, i hvert fald såfremt man (sådan som jeg gør det i det følgende) antager, at artikel 3, stk. 1, ikke er til hinder for en indsigelsesret for arbejdstagerne.

16 — »Daddy's Dance Hall«-dommen, præmis 14; dette er for nylikt blevet bekræftet i d'Urso-dommen, præmis 11.

fordele til gengæld for de ulemper, som en ændring af arbejdsforholdet påfører ham, således at han efter en samlet bedømmelse ikke stilles ringere end før«¹⁷.

Det ville, som Domstolen har tilføjet, kun forholde sig anderledes, såfremt arbejdsforholdet i henhold til national ret kunne ændres til ugunst for arbejdstageren, *uafhængigt af, om der foretages en virksomheds-overdragelse*. Hvis overdrageren af virksomheden (ved en kontrakt med arbejdstageren) i henhold til national ret kan foretage ændringer af de rettigheder og pligter, der følger af arbejdsforholdet, kan erhververen også gøre dette i samme omfang; virksomhedsoverførslen giver dog i sig selv under ingen omstændigheder nogen begrundelse for at foretage en sådan ændring¹⁸. I denne sag er der dog helt klart tale om tilfælde af virksomheds-overførsler; følgelig finder reglen om, at arbejdskontraktens parter ikke må fravige direktivets bestemmelser til ugunst for arbejdstagerne og dermed heller ikke må reducere disses rettigheder, uindskrænket anvendelse.

17. Jeg skal derfor undersøge, om arbejdstagerens ret til ved virksomhedsoverdragelsen at rejse indsigelse mod overførslen af hans arbejdsforhold til en ny arbejdsgiver indskrænker arbejdstagerens rettigheder, sammenlignet med den situation, han ville have befundet sig i ved en almindelig anvendelse af reglerne i direktivet.

Der spores en vis tvivl ved besvarelsen af dette spørgsmål, både i Arbeitsgericht Hamburg's kendelse og i Kommissionens skriftlige indlæg for Domstolen. Arbeitsgericht Hamburg henviser til, at indsigelsesretten set ud fra den enkelte arbejdstagers muligheder — dvs. *fribed* — uden tvivl udgør en gunstigere bestemmelse for denne, men at arbejdstagerens situation, set ud fra synspunktet »social beskyttelse«, ikke nødvendigvis er gunstigere, eftersom han muligvis løber en større risiko for at blive afskediget af sin nuværende arbejdsgiver efter virksomhedsoverdragelsen. Kommissionen har på sin side anført, at man må undergive udøvelsen af indsigelsesretten bestemte betingelser, for at retten i alle tilfælde kan anses for at være en gunstigere bestemmelse¹⁹. Kommissionen har dog indrømmet, at dette er svært at realisere i praksis, og den er derfor kommet til det resultat, at indsigelsesretten, således som denne er blevet udformet og begrundet i Bundesarbeitsgericht's praksis, dog må anses for en gunstigere bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 7.

18. Det står efter min mening fast, at en indsigelsesret for arbejdstageren *principielt* ikke forværrer dennes situation, men tværtimod forbedrer den. Når udøvelsen af denne ret — som i Tyskland — indebærer, at arbejdsforholdet fortsætter med den nuværende arbejdsgiver, og at alle rettigheder opretholdes, også rettigheder hidrørende fra kollektive arbejdskontrakter, er den mulighed, som arbejdstageren opnår ved, at han kan videreføre sit arbejdsforhold med den nuværende arbejdsgiver i stedet for at overgå til den nye arbejdsgiver, efter min mening en væsentlig

17 — »Daddy's Dance Hall«-dommen, a.st., præmis 15.

18 — »Daddy's Dance Hall«-dommen, a.st., præmis 17.

19 — En sammenfatning af Kommissionens standpunkt findes i retsmøderapporten.

fordel for arbejdstageren. Han kan have gode grunde til at vælge denne mulighed, bl.a. hvis han ikke har tiltro til erhververens virksomhedsstrategi, kreditværdighed eller personalepolitik (hertil hører spørgsmålet om videreførelse eller udbetaling af kapitalpension), eller hvis erhververen er en juridisk person, til selskabets direktion.

Hvis overdrageren helt indstiller sin virksomhedsdrift og ikke råder over nogen anden virksomhed, som han kan beskæftige arbejdstageren i, fremkommer der ved opretholdelse af arbejdsforholdet med den tidligere arbejdsgiver naturligvis en større risiko for, at denne afskediger arbejdstageren af økonomiske grunde (såkaldt »driftsbetinget afskedigelse«, tysk: »betriebsbedingte Kündigung«). I henhold til direktivets artikel 4, stk. 1, kan virksomhedsoverførslen heller ikke i dette tilfælde i sig selv begrunde en afskedigelse. Jeg mener dog, at arbejdstageren, efter at han har rådført sig med overdrageren, bedst selv kan vurdere denne risiko.

19. Dette bringer mig ind på et punkt, som efter min mening er meget væsentligt. Ligesom Kommissionen mener jeg nemlig, at udøvelsen af en indsigelsesret *ikke ubetinget* er gunstigst for arbejdstageren. Dette er nemlig kun tilfældet, hvis retten bliver udøvet i en sammenhæng, som giver ham bestemte garantier. Disse garantier kan, som jeg ser det, *enten* være indeholdt i en kontrakt, som er indgået med overdrageren, og i hvilken følgerne af, at indsigelsesretten udøves, fastlægges, *eller* de kan være reguleret ved en række af retsforskrifter, der, i overensstemmelse med direktivets artikel 7, præciserer indsigelsesretten på en for arbejdstageren gunstig måde.

Anden del af dette alternativ skal jeg straks komme nærmere ind på. Først skal jeg beskrive første del, nemlig indgåelsen af en kontrakt²⁰. Hvis en arbejdstager vil gøre brug af sin indsigelsesret, er det klart, at han taler med sin arbejdstager, overdrageren, om dette. Et sådant samråd er til fordel for begge parter og helt sikkert, hvis flere arbejdstagere eller endog hele grupper af arbejdstagere vil gøre brug af deres indsigelsesret. Både for arbejdstagerne og overdrageren er det i så fald vigtigt at kende den nøjagtige situation angående varigheden og stabiliteten af beskæftigelsen hos overdrageren, ligesom det er vigtigt, at der skabes klarhed over, om, hvordan og hvor arbejdstagerne kan arbejde efter virksomhedsoverførslen. Hvis et sådant samråd skal udgøre en garanti for arbejdstagerne, er det dog nødvendigt, at resultatet af samrådet fastlægges i en bindende aftale. At arbejdstageren retsgyldigt kan indgå en sådan aftale fremgår indirekte af Domstolens praksis, hvorefter arbejdstageren frit kan opsig sit arbejdsforhold med virkning fra tidspunktet for virksomhedsoverførslen, uden at han derved tilsidesætter direktivets artikel 3, stk. 1 (jf. ovenfor, punkt 13). Hvis arbejdstageren helt kan bringe sit arbejdsforhold til ophør, kan han så meget mere indgå en aftale med den nuværende arbejdsgiver med henblik på at videreføre sit arbejdsforhold med sidstnævnte efter virksomhedsoverdragelsen.

Det tilkommer naturligvis Domstolen at undersøge, om arbejdstagerne ved indgåelse af en sådan kontrakt har gjort indrømmelser,

20 — Denne del af alternativet optræder ikke konkret i forbindelse med den foreliggende sag, da anden del af alternativet giver en løsning for Tysklands vedkommende (se nedenfor, punkt 20 og 21). Den første del kan dog have betydning for andre medlemsstater, hvor det af de Domstolen givne oplysninger fremgår, at der ikke i lovgivningen, i administrative bestemmelser eller i retspraksis forekommer nogen mulig indsigelsesret.

som indskrænker deres rettigheder. Kun hvis indsigelsesretten altså ifølge en kontrakt, der er bindende for den nuværende arbejdsgiver, er forbundet med garantier, er den efter min mening i overensstemmelse med reglen om, at arbejdskontraktens parter ikke må fravige den præceptive retsgrundsætning i direktivet på en måde, som er til skade for arbejdstagerne²¹.

Er indsigelsesretten en gunstigere bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 7?

20. De garantier, man efter min mening skal give arbejdstageren ved udøvelsen af indsigelsesretten, kan naturligvis — hvis der, som i disse sager, ikke er indgået nogen aftale mellem arbejdstager og arbejdsgiver — også følge af en i den pågældende medlemsstat gældende administrativt eller ved lov fastsat gunstigere bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 7. Dette er tilfældet for Tysklands vedkommende, i hvert fald hvis der svares bekræftende på de forelæggende retsinstancesses spørgsmål om, hvorvidt også retsinstancessernes fortolkning af en administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse kan udgøre en sådan bestemmelse.

Ligesom den tyske regering og Kommissionen er jeg af den opfattelse, at dette spørgsmål i et tilfælde som det, de forelæggende retsinstancesser er forelagt, rent faktisk kan besvares bekræftende, nemlig når den dommerskabte fortolkning er baseret på retspraksis fra den højeste retsinstant i arbejds-

retlige sager og vedrører en forskrift, her § 613a i BGB, som selv er en lovbestemmelse i direktivets artikel 7's forstand, og som udgør en integrerende del af den faste retspraksis. Da denne dommerskabte fortolkning allerede bestod på det tidspunkt, da § 613a i BGB blev tilpasset direktivet (jf. ovenfor, punkt 3), kan det nemlig antages, at den indirekte blev billiget af den nationale lovgiver ved gennemførelsen af direktivet i national ret, og derfor i henhold til direktivets artikel 7 kan anses for at være en bestemmelse, medlemsstaten fortsat er berettiget til at anvende.

21. Dette ændrer naturligvis ikke kravet om, at bestemmelsen, der er opstået i retspraksis, også på alle måder skal være »gunstigere for arbejdstagerne« i henhold til direktivets artikel 7. At dette er tilfældet hvad angår grundrættningen om indsigelsesretten som sådan, således som den er blevet udformet og begrundet i Bundesarbeitsgericht's praksis, har jeg allerede redegjort for (ovenfor, punkt 18). Men heller ikke med hensyn til de nærmere omstændigheder ved indsigelsesretten, sådan som disse er blevet fastlagt af Bundesarbeitsgerichtshof og i det omfang, de er Domstolen bekendt²², ser jeg nogen uforenelighed med direktivet. Normalt skal denne ret nemlig udtrykkeligt udøves, inden overførslen af virksomheden finder sted; kun hvis arbejdstageren ikke rettidigt bliver underrettet om planerne vedrørende over-

22 — Dette er naturligvis ikke det rette sted til — og de forelæggende retsinstancesser stiller heller ikke spørgsmål herom — at undersøge, om andre dele af Bundesarbeitsgericht's praksis angående virksomhedsoverførsler er i overensstemmelse med direktivet. Dette kunne især være relevant med hensyn til gennemførelsen af direktivets artikel 4, stk. 1, hvorefter overførslen ikke i sig selv kan give overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser (jf. § 613a i BGB, stk. 4), og med hensyn til den måde, hvorpå denne bestemmelse anvendes i henseende til arbejdstagere, der på grundlag af deres indsigelsesret er forblevet hos den tidligere arbejdsgiver, og som arbejdsgiveren efterfølgende alligevel vil afskedige.

21 — »Daddy's Dance Hall«-dommen, præmis 14 og 15, citeret ovenfor under punkt 16.

dragelsen, kan han ytre sig inden for et kort tidsrum, efter at denne er sket²³. I betragtning af, at arbejdstageren derfor skal fremsætte sin indsigelse inden overførslen, er retten heller ikke i strid med direktivets princip om en fuldstændig overførsel af rettigheder og pligter²⁴ til erhververen: Arbejdstagerens udøvelse af sin indsigelsesret indebærer, at hans arbejdsforhold med overdrageren ved-

bliver at bestå, hvorfor arbejdsforholdet ikke længere er en del af den overdragne virksomhed eller virksomhedsdel. Dette ændres efter min mening heller ikke af den begrænsede undtagelse, der består, såfremt arbejdstageren ikke er blevet rettidigt underrettet: Det forekommer rimeligt, at denne forsømmelse fra arbejdsgiverens side ikke må komme arbejdstageren til skade²⁵.

Forslag til afgørelse

22. Jeg skal herefter foreslå Domstolen at besvare de af Arbeitsgericht Bamberg og Arbeitsgericht Hamburg forelagte spørgsmål således:

»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 udelukker ikke, at en medlemsstat indrømmer en arbejdstager ret til at erklære, at retsvirkningerne af en virksomhedsoverførsel ikke gælder for hans vedkommende, således at hans arbejdsforhold med overdrageren vedbliver at bestå, såfremt det — i en kontrakt, der er indgået mellem arbejdstageren og overdrageren, eller i medfør af en administrativt eller ved lov fastsat bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 7 — sikres, at denne indsigelsesret ikke kun principielt, men også reelt er gunstigere for arbejdstageren.

En fast retspraksis ved den højeste nationale retsinstans med kompetence på det fagretlige område, der fastlægger en indsigelsesret som beskrevet ovenfor, kan anses for at være en bestemmelse som omhandlet i direktivets artikel 7, hvis denne retspraksis vedrører fortolkningen af en national bestemmelse og, som det er tilfældet i denne sag, allerede bestod, da direktivet blev gennemført i national ret.«

23 — Dette tidsrum er ikke fastlagt nøjagtigt i retspraksis. I teorien foreslår nogle en frist på en måned, mens andre foreslår et tidsrum på to uger.

24 — Jf. de ovenfor under punkt 15 citerede passager fra Bergdommen.

25 — I øvrigt bevirker det forhold, at arbejdstagerne ikke underrettes eller underrettes for sent om virksomhedsoverførslen, at arbejdsgiveren har tilsidesat sin forpligtelse i henhold til direktivets artikel 6, stk. 1.