

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

fremSAT den 27. januar 2005¹

1. House of Lords (Det Forenede Kongerige) anmoder Domstolen om at klarlægge retningslinjerne for anvendelse af Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter² på privatiseringen af erhvervsfaglige uddannelser i Wales, idet tjenestemænd oprindeligt var blevet udstationeret, inden de blev ansat af den private enhed, der efterfulgte de lokale kontorer for beskæftigelse, der havde ansvaret for disse uddannelser. Nærmere betegnet spørger House of Lords om, hvilket tidspunkt der skal anses for at være »tidspunktet for overførslen«, når denne overførsel er en kompleks transaktion, der afvikles i flere faser. Denne præjudicielle forelæggelse er en lejlighed til at præcisere betingelserne for dette begreb, der hidtil ikke har udgjort en central del af de ellers så hyppige spørgsmål fra de

ationale retter om fortolkningen af direktiv 77/187.

I — De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

2. I forbindelse med en reform af administrationen, der blev indledt i 1989, besluttede Det Forenede Kongeriges regering at oprette »Training and Enterprise Councils« (uddannelses- og virksomhedsråd, herefter »TEC'er«), der skulle overtage de lokale kontorer, der blev finansieret af regeringen og forvaltet af tjenestemænd, som havde ansvaret for uddannelsesprogrammer for unge og arbejdsløse. I forbindelse med denne gradvise privatisering overtog TEC'erne Department of Employments (arbejdsministeriet, herefter »ministeriet«) lokaler, ligesom de havde fri adgang til de eksisterende edb-systemer og databaser. I en startperiode, der blev anslået til tre år, var personalet på de lokale kontorer udstationeret samtidig med, at de bevarede deres status som tjeneste-

¹ — Originalsprog: portugisisk.

² — EFT L 61, s. 26. Dette direktiv er blevet ændret ved Rådets direktiv 98/50/EF af 29.6.1998 om ændring af direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 201, s. 88). Disse ændringer blev kodificeret ved Rådets direktiv 2001/23/EF af 12.3.2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 82, s. 16). Kun direktivets oprindelige version var gældende på tidspunktet for de omtvistede omstændigheder.

mænd; uddannelsesforanstaltningerne kunne således fortsætte uden afbrydelser med et kvalificeret personale, som TEC'erne ikke skulle afholde de økonomiske udgifter til. De ansatte i ministeriet fortsatte med at udføre det samme arbejde i de samme bygninger under TEC'erne. I en skrivelse af 16. december 1991 fra Secretary of State til formændene for TEC'ernes »Staffing Group« (gruppe, der beskæftiger sig med personale-spørgsmål)³ bestemtes det imidlertid, at TEC'erne endeligt skulle overgå til at blive arbejdsgivere for disse arbejdstagere. Efter udstationeringsperioden fik arbejdstagerne valget mellem at blive omplaceret i arbejdsministeriet og ændre funktion eller fortsætte deres arbejde som ansatte i TEC'erne. I denne forbindelse indgik ministeriet i 1992 en aftale med TEC'erne, som definerede deres respektive forpligtelser over for de tjenestemænd, der havde ændret status for at blive ansat i TEC'erne⁴. Ved denne lejlighed blev spørgsmålet om en eventuel anvendelse af Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (bekendtgørelse om overførsel af virksomheder (beskyttelse i ansættelsen)), der gennemfører direktiv 77/187 i britisk ret, rejst, uden at der blev fundet en løsning på det.

3. Sagen ved Domstolen vedrører kontorerne i den nordlige del af Wales beliggende i Wrexham og Bangor, som blev overtaget af Newtec, der var operationsdygtigt i september 1990. Celtec Ltd (herefter »Celtec«) efterfulgte Newtec i 1997 efter en fusion. Den udstationeringsordning, der blev indført

for at sikre, at privatiseringen til fordel for Newtec foregik på en ordentlig måde, vedrørte 43 tjenestemænd. Efter en periode på omkring tre år valgte 18 tjenestemænd at fratræde den offentlige tjeneste for at blive ansat hos Newtec, mens de øvrige valgte at blive omplaceret inden for det offentlige eller gik på pension eller forlod deres arbejde af andre årsager.

4. John Astley, Deborah Lynn Hawkes og Julie Owens blev ansat som tjenestemænd henholdsvis den 31. august 1973, den 4. november 1985 og den 21. april 1986. De blev udstationeret til Newtec, da det blev oprettet, og blev derefter ansat i virksomheden efter at have fratrådt den offentlige tjeneste samtidig med, at de fortsatte med at udføre de samme opgaver i denne periode. Julie Owens og Deborah Lynn Hawkes blev ansat i Newtec pr. 1. juli 1993 og John Astley pr. 1. september 1993. I 1998 blev Deborah Lynn Hawkes afskediget af Celtec, som ikke ville anerkende, at hun havde været i uafbrudt beskæftigelse siden sin ansættelse i den offentlige tjeneste. John Astley og Julie Owens frygtede, at de også ville blive afskediget. De tre ansatte anlagde derfor sag ved Employment Tribunal Abergele (Det Forenede Kongerige) for at få anerkendt deres anciennitet.

5. I medfør af section 1(3) i Employment Rights Act 1996 (lov om arbejdstagernes rettigheder) er arbejdsgiveren således forpligtet til ved ansættelsen skriftligt at meddele arbejdstageren oplysninger om især tidspunktet for påbegyndelse af arbejdsforholdet samt »det tidspunkt, hvor arbejdsta-

3 — Bilag 4 til de sagsøgtes indlæg til Domstolen.

4 — Punkt 9 i forelæggelseskendelsen.

gerens uafbrudte beskæftigelsesperiode er begyndt under hensyntagen til alle beskæftigelsesperioder tilbagelagt hos en tidligere arbejdsgiver, der indgår i denne periode». Hvis arbejdsgiveren ikke opfylder denne informationsforpligtelse, kan arbeidstageren i medfør af section 11(1) i Employment Rights Act 1996 anlægge sag ved Employment Tribunal. Bestemmelse af lønmodtagerens anciennitet har indflydelse på den godtgørelse ved afskedigelse af økonomiske grunde, som denne eventuelt har ret til⁵. Ved anciennitet eller begrebet »uafbrudt beskæftigelse« forstår beskæftigelse hos den samme arbejdsgiver. Ved overførsel bestemmes det imidlertid i section 218(2) i Employment Rights Act 1996, at overførslen ikke indebærer nogen afbrydelse af beskæftigelsesperioden, dvs. at en beskæftigelsesperiode tilbagelagt hos overdrageren medregnes som beskæftigelsesperiode hos erhververen. John Astley, Julie Owens og Deborah Lynn Hawkes nedlagde påstand om, at Employment Tribunal skulle fastslå, at de havde været beskæftiget uafbrudt, siden deres indtræden i den offentlige tjeneste, da deres kontrakt blev overført til Newtec og derefter til Celtec. Det er uomtvistet, at fusionen, der gav anledning til oprettelsen af Celtec, medførte en overførsel af arbejdskontrakterne fra den ene enhed til den anden. Derimod er overførslen af kontrakter fra ministeriet til Newtec det centrale punkt i tvisten.

6. Employment Tribunal, som tvisten blev indbragt for, fastslog i sin dom af 22. december 1999, at den gennemførte privatisering

var kendetegnet ved, at der forelå en overførsel af en virksomhed i henhold til artikel 1, nr. 1, i direktiv 77/187. Den fastslog således, at section 218 i Employment Rights Act 1996 fandt anvendelse, og at sagsøgerne havde været ansat uafbrudt siden deres indtrædelse i den offentlige tjeneste.

7. Lad mig understrege, at direktiv 77/187, der blev vedtaget på grundlag af EF-traktatens artikel 100 (efter ændring nu artikel 94 EF), i henhold til sin anden betragtning har til formål »at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbeidstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder«. I henhold til direktivets artikel 1, nr. 1, finder det »anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion«. Varetagelsen af arbeidstageres rettigheder i forbindelse med en overførsel er fastlagt i direktivets artikel 3, nr. 1: »overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførselen i henhold til artikel 1, nr. 1, overgår som følge af denne overførsel til erhververen«.

8. Employment Tribunals afgørelse blev appelleret til Employment Appeal Tribunal (Det Forenede Kongerige). Sidstnævnte fastslog i sin dom af 5. oktober 2001, at der var tale om en overførsel i henhold til artikel 1, nr. 1, i direktiv 77/187. Den præciserede endvidere, at tidspunktet for overførselen i medfør af artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 skulle forstås som det tidspunkt, hvor erhververen overtog og fik enekontrollen

5 — I medfør af section 155 i Employment Rights Act 1996 har lønmodtagere kun ret til en godtgørelse ved afskedigelse af økonomiske grunde, hvis de har mindst to års anciennitet. Godtgørelsen beregnes på grundlag af anciennitet (section 162 i Employment Rights Act 1996).

med virksomheden. I dette tilfælde konkluderede den, at overførslen havde fundet sted i september 1990, hvor Newtec blev operationelt. Følgelig kunne de tjenestemænd, der oprindeligt var udstationeret til Newtec, ikke gøre gældende, at deres rettigheder var blevet overført i 1993, tre år efter overførslen.

9. Ved dom afsagt den 19. juli 2002 udtalte Court of Appeal (England & Wales) (Det Forenede Kongerige) sig i samme tvist. Flere af dens argumenter er relevante for den efterfølgende argumentation. Court of Appeal præciserede, at den faglige kompetence, som de tjenestemænd, der af ministeriet var blevet udstationeret til Newtec, var i besiddelse af, indgik som en del af den overførte virksomhed, da denne drog fordel heraf i hele udstationeringsperioden. Med hensyn til tidspunktet for overførslen, jf. artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187, omfatter det ifølge Court of Appeal det tilfælde, hvor en virksomhedsoverførelse finder sted over en årrække. Derfor ophævede Court of Appeal afgørelsen fra Employment Appeal Tribunal.

10. Celtec anlagde sag ved House of Lords og anfægter dommen afsagt af Court of Appeal. I forbindelse med denne sag har House of Lords forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal udtrykket »overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold,

som bestod på tidspunktet for overførslen« i artikel 3, nr. 1, i Rådets direktiv 77/187 af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstageres rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, fortolkes således, at der findes et bestemt tidspunkt, hvor overførslen af virksomheden eller en del heraf må anses for afsluttet, og overførslen af rettigheder og forpligtelser i henhold til artikel 3, nr. 1, får virkning?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, hvorledes skal dette bestemte tidspunkt da fastlægges?

3) Såfremt det første spørgsmål besvares benægtende, hvorledes skal udtrykket »på tidspunktet for overførslen« i artikel 3, nr. 1, da fortolkes?»

11. De tre spørgsmål vedrører fortolkningen af begrebet »tidspunktet for overførslen« i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187. Jeg foretrækker derfor at besvare dem samlet.

12. Celtec, de indstævnte i hovedsagen, dvs. John Astley, Julie Owens og Deborah Lynn

Hawkes samt Kommissionen indgav skriftlige indlæg for Domstolen i forbindelse med den skriftlige forhandling. Der blev afholdt et retsmøde den 2. december 2004, hvorunder de samme parter afgav deres mundtlige indlæg.

13. Efter først at have præciseret omfanget af den pågældende overførsel samt betingelserne for, at den er omfattet af direktiv 77/187 (II), vil jeg gå over til en fortolkning af begrebet »tidspunktet for overførslen« i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 (III), hvorefter jeg drager slutninger med hensyn til den foreliggende sag (IV).

II — Analyse af den gennemførte overførsel

14. To aspekter bør behandles: privatiseringen omfattes af direktiv 77/187 (A) og definering af den overførte enhed i forbindelse med denne privatisering (B).

A — Privatiseringen af erhvervsfaglige uddannelsesforanstaltninger omfattes af direktiv 77/187

15. Direktiv 77/187 omfatter flere aspekter af virksomhedsoverførsler. Selv om det oprindeligt blev udarbejdet for at beskytte arbejdstagere, hvis arbejdsgiver skiftede som

følge af en overtagelse eller en omstrukturering, har Domstolen fastslået, at dets anvendelsesområde omfatter udlicitering⁶, underentreprise⁷, privatisering⁸ eller overførsel af en virksomhed til staten⁹. Overførsel af administrative beføjelser fra en kommune til en fælleskommunal sammenslutning er imidlertid blevet udelukket fra det materielle anvendelsesområde for direktiv 77/187¹⁰. Kriteriet for, at direktivet finder anvendelse, er, at den overførte enhed udøver en økonomisk aktivitet. Denne begrænsning til det materielle anvendelsesområde for direktiv 77/187 findes tillige i artikel 1 i direktiv 98/50, der bestemmer, at »dette direktiv finder anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de virker med gevinst for øje. En administrativ eller ved lov foretaget omorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i dette direktivs forstand«. Da der i den foreliggende sag ikke hersker tvivl om de erhvervsfaglige uddannelsesforanstaltningers økonomiske karakter, kan privatiseringen af disse foranstaltninger udgøre en overførsel i henhold til direktiv 77/187.

16. Domstolen har behandlet afgrænsningen af det personlige anvendelsesområde for

6 — Dom af 12.11.1992, sag C-209/91, Watson Rask og Christensen, Sml. I, s. 5755, af 14.4.1994, sag C-392/92, Schmidt, Sml. I, s. 1311, og af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Hidalgo m.fl., Sml. I, s. 8237.

7 — Dom af 2.12.1999, sag C-234/98, Allen m.fl., Sml. I, s. 8643.

8 — Dom af 4.6.2002, sag C-164/00, Beckmann, Sml. I, s. 4893, og af 6.11.2003, sag C-4/01, Martin m.fl., Sml. I, s. 12859.

9 — Dom af 26.9.2000, sag C-175/99, Mayeur, Sml. I, s. 7755, og af 11.11.2004, sag C-425/02, Delahaye, Sml. I, s. 10823.

10 — Dom af 15.10.1996, sag C-298/94, Henke, Sml. I, s. 4989.

direktiv 77/187 og har gentagne gange fastslået, at kun arbejdstagere i nationalretsforstand er omfattet af direktivets beskyttelse¹¹. Denne henvisning til national ret blev kodificeret ved direktiv 98/50, der definerer begrebet »arbejdstager« som »alle personer, der i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstagere i henhold til den nationale lovgivning på det arbejdsretlige område«.

17. Det er imidlertid beklageligt, at der ikke findes nogen definition af begrebet arbejdstager i fællesskabsretten på det sociale og arbejdsmarkedsretlige område¹². Selv om Domstolen har været indstillet på at fortolke begrebet arbejdstager i artikel 39 EF's forstand bredt, har den dog altid ment, at direktiv 77/187¹³ kun indebærer en delvis harmonisering uden at indføre en ensartet definition af begrebet arbejdstager eller af de rettigheder, som arbejdskontrakten medfører¹⁴. Selv om dette direktiv kun indebærer en delvis harmonisering¹⁵, har henvisningen til national ret i forbindelse med definitionen

af arbejdstagerbegrebet særligt alvorlige konsekvenser for ansatte i offentlig tjeneste. Hvis de er underlagt en offentligretlig status, der udelukker, at de betegnes som arbejdstagere i national ret, kan de således overføres til en privat enhed uden at være omfattet af en beskyttelse svarende til den, som arbejdstagere i private virksomheder er omfattet af i samme situation¹⁶. Henvisningen til national ret for en definition af begrebet arbejdstager betyder, at identiske situationer behandles på forskellig måde udelukkende på grundlag af, hvordan arbejdsforholdet mellem tjenestemændene og deres arbejdsgiver betegnes. Følgelig er den relevante nationale ret bestemmende for, om privatiseringer af identiske aktiviteter er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 77/187 eller ej. Et sådant resultat er ikke berettiget, når henses til direktivets målsætninger. Det ville derimod være mere i overensstemmelse med princippet om fællesskabsrettens neutralitet med hensyn til sondringen mellem offentlige og private enheder at anse enhver overførsel af økonomisk aktivitet for at være omfattet af de ufravigelige regler i direktiv 77/187¹⁷.

18. Selv om Domstolen ikke var overbevist om, at alle økonomiske aktiviteter skulle være omfattet af direktiv 77/187, ser det ud til, at den privatisering, der er gennemført i

11 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 27, af 25.7.1991, sag C-362/89, D'Urso m.fl., Sml. I, s. 4105, præmis 12, og af 14.9.2000, sag C-343/98, Collino og Chiappero, Sml. I, s. 6659, præmis 38.

12 — A. Supiot, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 1999, går ind for, at der vedtages en fællesskabsdefinition af begrebet arbejdstager, s. 296. Om dette begrebs fleksible grænser, P. Davies og M. Freedland, »Employees, Workers, and the Autonomy of Labor Law«, *Mélanges en l'honneur de S. Simitis*, 2000, s. 31.

13 — Jf. senest dom af 7.9.2004, sag C-456/02, Trojani, Sml. I, s. 7573.

14 — Fællesskabsretten på det sociale område kan betegnes som »transnational floor of rights«, som C. Barnard og S. Deakin gør det i »Social Policy in search of a role: integration, cohesion and citizenship«, 1996 *Onwards, lowering the barriers* further, Wiley, 1996, s. 177.

15 — Dom i sagen Danmols Inventar, nævnt ovenfor i fodnote 11, præmis 26.

16 — Disse argumenter ligger på linje med argumenter fremsat af generaladvokat Lenz i hans forslag til afgørelse i Henkesagen, nævnt ovenfor i fodnote 10, og af generaladvokat Alber i sagen Collino og Chiappero, nævnt ovenfor i fodnote 11.

17 — Domstolen har allerede med hensyn til begrebet arbejdstid fastslået, at en henvisning til national ret »indebærer således ikke, at medlemsstaterne ensidigt kan fastlægge begrebets rækkevidde« (dom af 9.9.2003, sag C-151/02, Jaeger, Sml. I, s. 8389, præmis 59).

Det Forenede Kongerige, og som er genstand for den foreliggende sag, under alle omstændigheder er omfattet af det pågældende direktiv. I Beckmann-dommen om overførsel fra den offentlige sektor til den private sektor i Det Forenede Kongerige, i dette tilfælde fra National Health Service (NHS) til en privat virksomhed, Dynamco Whicheloe Macfarlane, tog Domstolen parternes og Det Forenede Kongeriges regerings fortolkning til efterretning, i henhold til hvilken de berørte arbejdstagere »i NHS — på trods af dennes tilhørsforhold til den offentlige sektor — er omfattet af direktivets bestemmelser«¹⁸. I denne sag var parterne således enige om at sidestille tjenestemændene i arbejdsministeriet med »arbejdstagere«, der som sådan er omfattet af direktiv 77/187. Der er således intet til hinder for, at det pågældende direktiv finder anvendelse på den foreliggende sag.

20. I henhold til fast retspraksis kræver en klarlæggelse af, om der er sket en overførsel i henhold til direktiv 77/187, at der tages hensyn til »alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen«¹⁹. Blandt de forskellige elementer, der skal tages hensyn til, nævner Domstolen: »hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af de materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet«²⁰. Den vægt, som den nationale ret tillægger hvert enkelt af disse relevante elementer, afhænger af arten af den pågældende aktivitet²¹.

B — Den overførte enhed

19. Den præjudicielle forelæggelse fra House of Lords om begrebet »tidspunktet for overførslen« skulle altså gøre det muligt at afgøre, om de indstævnte parter er omfattet af bestemmelserne i direktiv 77/187. Inden jeg går over til at behandle dette punkt, mener jeg, at det er nødvendigt at klarlægge omfanget af overførslen fra ministeriet til Newtec.

21. Domstolen har således fastslået, at »[i] visse brancher, hvor aktiviteten i det væsentlige bygger på arbejdskraften, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed«²². I en sektor, hvor aktiviteten kræver omfattende materiel og installationer,

19 — Dom af 11.3.1997, sag C-13/95, Süzen, Sml. I, s. 1259, præmis 14. Jf. ligeledes dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 13, af 25.1.2001, sag C-172/99, Liikenne, Sml. I, s. 745, præmis 33; af 24.1.2002, sag C-51/00, Temco, Sml. I, s. 969, præmis 24, og af 20.11.2003, sag C-340/01, Abler m.fl., Sml. I, s. 14023, præmis 33.

20 — Süzen-dommen, præmis 14, og de øvrige domme nævnt i fodnote 19.

21 — Süzen-dommen, præmis 18, og de øvrige domme nævnt i fodnote 19.

22 — Temco-dommen, præmis 26.

18 — Beckmann-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 8, præmis 27.

som f.eks. regelmæssig offentlig bustransport, kan den manglende overførsel af en væsentlig del af disse elementer føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet²³.

22. I præmis 11 i dommen af 22. december 1999 identificerede Employment Tribunal den overførte enhed som »ledelsen af de regeringsfinansierede erhvervsfaglige uddannelsesforanstaltninger for personer over 16 år og virksomhedsopgaver i England og Wales, herunder edb-systemer og databaser, ansatte og visse lokaler«²⁴. Denne vide definition skyldes, at de tre tjenestemænds sag skal fungere som eksempel for alle de andre tjenestemænd, hvis situation har ændret sig på grund af den gennemførte privatisering. Employment Tribunal konstaterede ligeledes i dommens præmis 12, at de erhvervsfaglige uddannelsesforanstaltninger hovedsageligt var baseret på arbejdskraft. Court of Appeal bekræftede, at det udstationerede og siden ansatte personales kompetencer udgjorde en del af den enhed, der blev overført til Newtec. Det ser således ud til at stå fast, at den gennemførte overførsel omfattede såvel aktiver som de ansattes kompetencer. Jeg skal herefter gennemgå fastsættelsen af tidspunktet for denne overførsel.

III — Fortolkning af begrebet »tidspunktet for overførslen« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187

23. House of Lords har forelagt Domstolen et spørgsmål om fortolkning af begrebet »tidspunktet for overførslen« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187. Det forelagte spørgsmål omfatter to aspekter: for det første spørgsmålet om, hvorvidt tidspunktet for overførslen henviser til en bestemt dato eller til en længere periode; for det andet, om tidspunktet for overførslen er en enkelt dato eller ej. Når omfanget af dette spørgsmål (A) er klarlagt, må det klarlægges, hvordan dette tidspunkt skal fastsættes, navnlig når der er tale om en kompleks overførsel (B).

A — Den funktion, som tidspunktet for overførslen har i direktiv 77/187

24. Begrebet tidspunktet for overførslen nævnes kun i artikel 3 i direktiv 77/187. Når jeg har behandlet dets funktion i direktivets opbygning, vil jeg præcisere Domstolens fortolkning af dette begreb.

23 — Liikenne-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 42.

24 — Dommen er gengivet i bilag I til de indstævnte parter indlæg.

1) Den funktion, som tidspunktet for overførsel har i direktivets generelle opbygning

arbejdstagere oplysninger om overførslen. I henhold til de ændringer, der blev indført ved direktiv 98/50, udgør »datoen eller den foreslåede dato for overførslen« i øvrigt udtrykkeligt en del af de oplysninger, der skal gives.

25. Målet med direktiv 77/187 er at varetage arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af overførsel. I denne forbindelse er der indført flere mekanismer. De udløses, når betingelserne for, at der er tale om en overførsel af virksomhed i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 1, nr. 1, er opfyldt. Den undersøgelse, der gennemføres i medfør af denne artikel, gør det muligt at klarlægge overførsels omfang. De arbejdstagere, der er tilknyttet den overførte enhed, identificeres således²⁵.

26. Den første konsekvens af betegnelsen overførsel er omhandlet i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 og består i varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold.

27. Direktivet begrænser sig ikke til at indføre en automatisk opretholdelse af en enheds arbejdskontrakter i forbindelse med en virksomhedsoverførsel. Det indeholder ligeledes en forpligtelse til at underrette repræsentanterne for arbejdstagerne om overførslen. I henhold til artikel 6, nr. 1, i direktiv 77/187 kræves det, at overdrageren »i rimelig tid inden overførsels gennemførelse« skal give repræsentanterne for sine

28. Målet med denne bestemmelse er at sætte repræsentanterne for de ansatte i stand til at reagere på de strukturelle ændringer, som overførslen indebærer. Hvis det er aftalt, at overførslen skal ske i flere etaper, gives oplysningerne om overførslen, for at de kan tjene noget formål, til repræsentanterne for arbejdstagerne, inden første fase af overførslen gennemføres. For at disse skal kunne reagere på den planlagte overførsel, skal de oplysninger, der gives, omfatte en beskrivelse af de forskellige planlagte faser²⁶.

29. Endelig udgør artikel 4 i direktiv 77/187 den tredje søjle i den beskyttelse, som direktivet medfører. Hvis en afskedigelse sker som følge af overførslen, anses arbejdsgiveren for at være ansvarlig for denne. Enhver afvigelse fra opretholdelsen af de rettigheder, der følger af arbejdskontrakterne

25 — Dom af 7.2.1985, sag 186/83, Botzen m.fl., Sml. s. 519, præmis 15.

26 — Jf. analogt forpligtelsen til høring i Rådets direktiv 94/45/EF af 22.9.1994 om indførelse af europæiske samarbejdsudvalg eller en procedure i fællesskabsvirksomheder og fællesskabskoncerner med henblik på at informere og høre arbejdstagerne (EFT L 254, s. 64), dom af 13.1.2004, sag C-410/00, Kühne & Nagel, Sml. I, s. 787, og af 29.3.2001, sag C-62/99, Bofrost*, Sml. I, s. 2579.

som omhandlet i direktivets artikel 3, nr. 1, sanktioneres således. Denne artikel finder anvendelse, uanset om overførslen sker i en eller flere faser, idet det afgørende element er forbindelsen mellem afskedigelsen og overførslen.

2) Fortolkning af begrebet tidspunktet for overførslen på grundlag af retspraksis

30. Domstolen har i flere domme præciseret, hvorledes artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes.

31. Ifølge Domstolen er tidspunktet for overførslen bestemmende for, hvornår den overførte enhed skifter arbejdsgiver. Tidspunktet for overførslen bestemmer således det tidspunkt, hvor erhververen overtager de forpligtelser, der påhvilede overdrageren som følge af arbejdskontrakterne. Det følger heraf, at »artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 af 14. februar 1977 skal fortolkes således, at overdrageren efter overførselstidspunktet er løst fra sine forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold alene på grund af overførslen«²⁷. Mens overdrageren før overførslen skal opfylde de arbejdsgiverforpligtelser, der følger af arbejdskontrakterne, træder erhververen efter overførslen i overdragerens sted. Det udelukker

imidlertid ikke muligheden for, at en overførsel finder sted i flere faser. Det står imidlertid fast, at erhververen efter overførslen har overtaget den overførte enheds arbejdskontrakter.

32. Tidspunktet for overførslen spiller også en rolle, når varigheden af de forpligtelser, der pålægges arbejdsgiverne i direktiv 77/187, skal klarlægges. Ny Mølle Krodommen²⁸ illustrerer dette. Ketty Hansen, en servitrice, der i maj 1983 blev ansat på Ny Mølle Kro, krævede at blive omfattet af en kollektiv overenskomst, som overdrageren, den tidligere lejer af kroen, havde forpligtet sig til at overholde. Da Ketty Hansen var blevet ansat efter overførslen, kunne hun ikke påberåbe sig arbejdsvilkår, der var i kraft forud for overførslen. Domstolen udtalte således, at »direktivets artikel 3, nr. 2, skal sikre, at erhververen opretholder de løn- og arbejdsvilkår, som er gældende ifølge en kollektiv overenskomst, for så vidt angår de arbejdstagere, som allerede var ansat i virksomheden på overførselstidspunktet, men ikke for så vidt angår de arbejdstagere, som er blevet ansat efter dette tidspunkt«²⁹.

33. Dommen i sagen Wendelboe m.fl.³⁰, der når frem til den samme afgørelse, blev afsagt på grundlag af andre faktuelle overvejelser. Knud Wendelboe, Ib Jensen og Jørn Holst

27 — Dom af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Berg og Busschers, Sml. s. 2559, præmis 14.

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

29 — Ny Mølle Krodommen, præmis 26.

30 — Dom af 7.2.1985, sag 19/83, Sml. s. 457.

Jeppesen blev afskediget den 18. januar 1980 af LJ Music ApS, et selskab på randen af konkurs. Efter at være blevet erklæret konkurs den 4. marts 1980 blev selskabet overtaget af selskabet ApS SPKR, der i henhold til en aftale underskrevet i slutningen af marts 1980 havde ret til at anvende dets faciliteter fra konkursdatoen. Dette selskab genansatte Knud Wendelboe, Ib Jensen og Jørn Holst Jeppesen den 6. marts 1980 uden at tage hensyn til deres anciennitet. Det fortolkningsspørgsmål, der blev forelagt for Domstolen, vedrørte problemet om, hvorvidt opretholdelsen af arbejdsvilkårene i forbindelse med en overførsel skulle sikres arbejdstagere, der ikke var ansat i virksomheden på tidspunktet for overførslen. Domstolen besvarede dette spørgsmål benægtende. Det følger heraf i overensstemmelse med artikel 4 i direktiv 77/187, at arbejdstagere, der afskediges forud for overførslen, ikke kan genansættes med den begrundelse, at der er sket en overførsel, forudsat at deres afskedigelse ikke hænger sammen med overførslen. Jeg skal understrege, at de tre arbejdstagere ophørte med at arbejde mellem tidspunktet for deres afskedigelse den 18. januar 1980 og deres genansættelse den 6. marts 1980.

34. Det fremgår af denne retspraksis, at kun arbejdskontrakter, der består på tidspunktet for overførslen, er underlagt direktiv 77/187, mens alle andre arbejdskontrakter er udelukket. Tidspunktet for overførslen tjener således til at begrænse arbejdsgivernes forpligtelser. De er kun forpligtede til at varetage de rettigheder, som arbejdstagere, der var beskæftiget på tidspunktet for overførslen, har. Hverken dem, der er ansat efter overførslen, eller dem, der er blevet afske-

diget forud for overførslen af årsager, der ikke har noget med overførslen at gøre, kan påberåbe sig direktiv 77/187.

35. Endelig har Domstolen betegnet tidspunktet for overførslen i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 som præceptiv. I Rotsart de Hertaing-sagen³¹ spurgte den forelæggende ret, om overførslen af personale fandt sted på tidspunktet for overførslen, eller om overdrageren eller erhververen kunne vælge at fastsætte den til en senere dato. I denne sag blev Rotsart de Hertaing efter virksomhedsoverførslen mellem Benoidt og IGC Housing Service afskediget af sin tidligere arbejdsgiver. Spørgsmålet gik på, om overdrageren, Benoidt, fortsat kunne være hendes arbejdsgiver, efter at virksomhedsoverførslen havde fundet sted. Med udgangspunkt i den præceptive karakter, som beskyttelsen af arbejdstagerne i henhold til direktiv 77/187 har, fastslog Domstolen, at »overførsel af arbejdskontrakter og arbejdsforhold i medfør af direktivets artikel 3, nr. 1, uden undtagelse finder sted på tidspunktet for virksomhedsoverførslen og kan ikke udskydes til et andet tidspunkt efter overdragerens eller erhververens valg«³². To bemærkninger er nødvendige for at præcisere rækkevidden af denne dom. Dels skete overførslen på grundlag af en kontrakt mellem overdrageren og erhververen. Den var altså resultatet af en enkel, punktuell og præcist dateret operation. Da der ikke var sammenfald mellem overførslen af virksomheden og overførslen af arbejdsforholdene, kan tidspunktet for overførslen ikke fastsættes så let. Dels betegner Dom-

31 — Dom af 14.11.1996, sag C-305/94, Sml. I, s. 5927.

32 — Rotsart de Hertaing-dommen, præmis 26.

stolen bestemmelserne i direktiv 77/187 som præceptive med det formål at undgå, at parterne fraviger dem for at reducere den beskyttelse, der garanteres arbejdstagerne i den overførte virksomhed³³. Når denne risiko ikke findes, respekterer Domstolen kontraktfriheden og tillader f.eks., at en arbejdstager nægter at lade sin arbejdskontrakt overføre³⁴.

overførsel. I lyset af denne retspraksis vil jeg gøre rede for de fortolkninger af artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187, som parterne har gjort gældende, inden jeg foreslår en anden fortolkning, der efter min mening bør være gældende.

36. Den rolle, som tidspunktet for overførslen tillægges i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187, sådan som den fortolkes i retspraksis, indebærer således ikke, at der er tale om et enkelt og punktuel tidspunkt, hvis overførslen sker i flere faser.

1) Retspraksis vedrørende komplekse overførselsoperationer

B — Bestemmelse af tidspunktet for overførslen i forbindelse med en kompleks overførsel

37. En overførsel, der gennemføres via en række operationer, som indebærer en tidsmæssig forskydning mellem beslutningen om at gennemføre overførslen og de forskellige faser i den faktiske gennemførelse, kan betegnes som en kompleks overførsel. For at klarlægge konsekvenserne af, at en overførsel består i en kompleks operation, vil jeg først gøre rede for Domstolens argumentation, når den analyserer denne form for

38. Inddragelsen af komplekse overførselsoperationer i anvendelsesområdet for direktiv 77/187 er sket gradvist. Den følger af Domstolens brede fortolkning af artikel 1, nr. 1, i direktiv 77/187, der henviser til overførsler »som følge af overdragelse eller fusion«. Retspraksis har læst denne betingelse således, at den ikke kræver, at der består noget direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen. Den konstaterer derimod, at »direktivet [77/187] [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«³⁵. Domstolen har således udtrykkeligt fastslået, at den overdragelse, der ligger til grund for overførslen, kan ske i to trin via en tredje mand, f.eks. ejeren eller lejerens³⁶. Den omstændighed, at en forvaltningsakt giver

33 — Punkt 16 i generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse i sagen Katsikas m.fl., dom af 16.12.1992, forenede sager C-132/91, C-138/91 og C-139/91, Sml. I, s. 6577.

34 — Dommen i sagen Katsikas m.fl., præmis 33.

35 — Domme nævnt ovenfor i fodnote 19, Süzen, præmis 12, Liikenne, præmis 29, og Abler m.fl., præmis 41.

36 — Temco-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 31 og 32.

anledning til overførslen, er heller ikke til hinder for, at betingelsen i artikel 1, nr. 1, i direktiv 77/187 er opfyldt³⁷.

39. Når der ikke findes et direkte forhold mellem overdrageren og erhververen, sker overførslen dog i princippet i flere trin, der nogle gange indebærer, at den overførte enheds aktivitet indstilles. Det er også muligt, at overførslen af aktiverne ikke falder sammen med overførslen af arbejdskontrakterne. I sådanne tilfælde har Domstolen dog ikke antaget, at en tidsmæssig forskydning havde indflydelse på, hvordan overførslen betegnes.

40. Generaladvokat Cosmas fremsatte i sit forslag til afgørelse i de forenede sager Hernández Vidal og Hidalgo m.fl. tanken om, at der kræves »en tæt tidsmæssig sammenhæng mellem afslutningen af et kontraktforhold om overdragelse og en tildeling af ordren til et nyt firma«³⁸, for at sidstnævnte udgør en overførsel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, nr. 1, i direktiv 77/187. Domstolen tilsluttede sig ikke formelt dette kriterium, men medtog »hvor længe [aktiviteterne] eventuelt har været indstillet« blandt de relevante elementer i bedømmelsen af, om der har fundet en overførsel sted³⁹.

41. Såfremt en overførsel gennemføres på tidspunktet for den sæsonmæssige indstilling af aktiviteterne, hvilket indebærer en forskydning mellem overførslen af aktiverne og påbegyndelsen af arbejdskontrakterne, konkluderede Domstolen, at arbejdskontrakterne var blevet overført. Ny Mølle Krodommen bekræftede således, at den sæsonmæssige lukning »som regel [ikke] bevirker [...], at virksomheden ophører med at eksistere som økonomisk enhed«⁴⁰.

42. En forskydning mellem påbegyndelsen af aktiviteten og overtagelsen af arbejdstagerne fører heller ikke til, at eksistensen af en overførsel udelukkes. I sagen Allen m.fl., gav et selskab udførelsen af borearbejde, som det havde kontrakt på, i underentreprise til et datterselskab i den samme koncern, som det selv tilhørte. Domstolen fastslog, at der var tale om en overførsel fra et datterselskab i koncernen til et andet. »[D]en omstændighed, at ACC's arbejdstagere ikke er overgået til AMS, samtidig med at kontrakterne trådte i kraft eller udløb, [...] [eftersom] en overførsel af en virksomhed er en kompleks juridisk og faktisk transaktion, som kan tage en vis tid«⁴¹, var uden betydning. I samme dom overvejede Domstolen den hypotese, at arbejdstageren i den indledende periode af overførslen havde arbejdet for både overdrageren og erhververen. Denne omstændighed har heller ikke betydning for spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en overførsel⁴².

37 — Dom af 19.5.1992, sag C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189.

38 — Punkt 162 i forslag til afgørelse i Hernández Vidal-sagen (dom af 10.12.1998, forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Sml. I, s. 8179) og sagen Hidalgo m.fl. (dom af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Sml. I, s. 8237).

39 — Jf. domme nævnt ovenfor i fodnote 19.

40 — Ny Mølle Krodommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 20.

41 — Dommen i sagen Allen m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 32.

42 — Allen m.fl.-dommen, præmis 35.

43. Der kan nævnes andre eksempler, hvor Domstolen har konkluderet, at der var tale om en overførsel til trods for en vis forskydning mellem de forskellige trin i gennemførelsen af denne⁴³. I alle disse sager har Domstolens bedømmelse været både objektiv og pragmatisk. Den lægger ikke vægt hverken på parternes hensigt eller på, om der er fuldstændig samtidighed mellem en overførsels forskellige trin. Domstolen ser bort fra den tidsmæssige opdeling af transaktionen for i stedet at fastlægge rammerne for den overførte enhed. Uanset hvilke retningslinjer man har valgt for gennemførelse af overførslen, har den ladet sig styre af målet om beskyttelse af arbejdstagerne i direktiv 77/187⁴⁴. Domstolen skitserer således rammerne for den overførte virksomhed uden at kræve, at overførslen sker på et enkelt og punktuelt tidspunkt. Ikke desto mindre har en overførsels komplekse karakter nødvendigvis indflydelse på fortolkningen af tidspunktet for overførslen i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187.

2) Tilbagevisning af de fortolkninger af begrebet tidspunktet for overførslen, som parterne har gjort gældende

a) Fastsættelse af et enkelt og punktuelt tidspunkt for overførslen ved hjælp af et objektivt kriterium

44. Det foreslås først og fremmest, at Domstolen fastsætter tidspunktet for over-

førslen til en enkelt dato svarende til det tidspunkt, hvor erhververen rent faktisk har overtaget den fulde kontrol med den overførte virksomhed. Denne holdning forsvares af Employment Appeal Tribunal i dens dom af 5. oktober 2001 og af Celtec. Ifølge sidstnævnte er en sådan fortolkning nødvendig af en lang række årsager. Den ville for det første være i overensstemmelse med en fortolkning med udgangspunkt i ordlyden af artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187. Behovet for at garantere de i overførslen implicerede parters retssikkerhed taler ligeledes til fordel for denne fortolkning.

45. I den foreliggende sag resulterer den fortolkning, som Celtec går ind for, i at tidspunktet for overførslen fastsættes til september 1990. Det følger heraf, at sagsøgerne kunne have påberåbt sig varetagelsen af deres rettigheder i henhold til deres arbejdskontrakter på dette tidspunkt. Ifølge Celtec havde tjenestemændene i ministeriet imidlertid stiltiende modsat sig, at deres arbejdskontrakt blev overført. Deres beslutning om at acceptere at blive udstationeret til TEC, samtidig med at de forblev ansat i ministeriet, skulle betragtes som en afvisning af, at deres arbejdskontrakt blev overført til TEC.

46. En sådan analyse kan ikke tiltrædes, da Celtec under retsmødet indrømmede, at de ansatte i ministeriet i september 1990 ikke blev tilbudt en arbejdskontrakt med TEC.

43 — Dom af 10.2.1988, sag 324/86, Tellerup, »Daddy's Dance Hall«, Sml. s. 739, Berg og Busschers-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 27, og dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Merckx og Neuhuys, Sml. I, s. 1253.

44 — S. Laulom, »The European Court of Justice in the dialogue on transfers of undertakings: a fallible interlocutor?«, *Labour Law in the Courts*, udgivet af S. Sciarra, Hart, 2001, s. 152: »The mode of transfer becomes immaterial«.

Under alle omstændigheder vil en accept af, at arbejdstagerne stiltiende kan rejse indsigelse mod, at deres arbejdskontrakt overføres, være i modstrid med ånden i direktiv 77/187, der tværtimod bestemmer, at arbejdskontrakterne automatisk overføres som følge af overførsel af en virksomhed.

47. Følgelig må man, hvis man tiltræder Celtecs fortolkning af begrebet tidspunktet for overførslen i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187, nødvendigvis anse arbejdskontrakterne for de ansatte i ministeriet for at være overført til TEC fra september 1990. Mere generelt indebærer en sådan fortolkning, at arbejdskontrakterne automatisk blev overført på et bestemt tidspunkt, medmindre arbejdstagerne udtrykkeligt havde modsat sig dette.

48. Endvidere ville en sådan fortolkning umuliggøre en gradvis privatisering som den, der blev gennemført i Det Forenede Kongerige, da den ville være til hinder for en udstationering af arbejdstagerne, idet TEC'erne ville blive arbejdsgivere for de overførte arbejdstagere fra september 1990. Staten ville således blive forhindret i at gennemføre en omstrukturering omfattende en startfase, i hvilken den enhed, der overtager nogle af statens aktiviteter, endnu ikke er selvstændig, men som i den foreliggende sag kan benytte sig af arbejdstagere, der stilles til dens rådighed, uden at den skal afholde lønudgifterne til disse. I praksis ville

det være til hinder for komplekse transaktioner som den pågældende, selv i tilfælde, hvor den tidsmæssige forskydning af overførslen af arbejdskontrakter ikke ville medføre en forringelse af arbejdstagernes rettigheder og ville blive accepteret af dem. Et sådant resultat ville være i modstrid med alle de af overførslen berørte parter kontraktfrihed, da det ville kræve en samtidig overførsel af arbejdstagernes kompetencer og af arbejdskontrakterne. Desuden ville dette krav være vanskeligt foreneligt med Domstolens retspraksis om komplekse overførsler som nævnt i dette forslag til afgørelses punkt 38-42.

49. Hvis der ikke findes et klart og objektivt kriterium for at fastsætte et enkelt og punktuelt tidspunkt for overførslen, gør Celtec for det andet gældende, at de på hinanden følgende arbejdsgivere ikke har nogen mulighed for at vide, hvornår deres forpligtelser over for arbejdstagerne i den overførte virksomhed begynder eller slutter.

50. Jeg mener ikke, at hensynet til retssikkerheden kræver, at der fastsættes et enkelt og punktuelt tidspunkt for overførslen. Som repræsentanten for de indstævnte parter gjorde gældende under retsmødet, er det ubestridt, at en arbejdskontrakt overføres på et bestemt tidspunkt. Dette indebærer imidlertid ikke, at overførslen af virksomheden af den grund skal finde sted på et bestemt tidspunkt. Retssikkerheden garanteres fuldt

ud fra det tidspunkt, hvor betegnelsen overførsel af virksomhed lægges til grund, eftersom arbejdstagerne som følge heraf får vished for, at de rettigheder, de har i henhold til deres arbejdskontrakter, bevares i medfør af artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187.

51. Selv om man besluttede, at tidspunktet for overførslen er det tidspunkt, hvor erhververen overtager kontrollen med den overførte virksomhed, ville det desuden i mange tilfælde være vanskeligt eller endog umuligt med sikkerhed at fastsætte et sådant tidspunkt, da begrebet »faktisk kontrol« synes at kunne fortolkes meget bredt.

52. Som Kommissionen har understreget i sine bemærkninger, forekommer det ligeledes farligt at fastsætte et objektivi kriterium, der er afgørende for tidspunktet for overførslen, f.eks. en tærskel for de overførte kontrakter. Dette ville således resultere i, at der indføres en kunstig son dring mellem på den ene side kontrakter, der overføres, inden tærsklen er nået, og som opretholdes i medfør af direktiv 77/187, og på den anden side kontrakter, der overføres efter det således fastsatte tidspunkt, og som vil blive anset for ikke at have nogen forbindelse med overførslen.

53. Alt i alt mener jeg ikke, at den fortolkning, som Celtec har foreslået, kan tiltrædes.

b) Fastlæggelse af en løsning i den foreliggende sag under hensyntagen til de særlige omstændigheder

54. Kommissionen præsenterede i sine skriftlige indlæg for Domstolen en lidt anden holdning⁴⁵. Selv om tidspunktet for overførslen i princippet svarer til et enkelt og punktuel t tidspunkt, mente den, at man på grund af de særlige omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende sag, burde fastslå, at overførslen først får virkning individuelt over for arbejdstagerne fra det tidspunkt, hvor Newtec bliver deres arbejdsgiver. Tidspunktet for overførslen ville så i princippet bevare sin punktuelle karakter, men det ville i den foreliggende sag ikke være et enkelt tidspunkt, da det ville blive fastsat individuelt for hver enkelt arbejdstager afhængigt af det tidspunkt, hvor vedkommende blev ansat af Newtec.

55. Mod denne holdning gør Celtec gældende, at denne fremgangsmåde ville svare til, at der skabes en undtagelse uden for rammerne af direktiv 77/187, selv om det kun er lovgiver, der har denne kompetence.

56. Jeg mener i øvrigt, at det ville være vanskeligt at gennemføre en sådan undtagelse, idet Kommissionen ikke præciserer, hvilke forhold i forbindelse med overførslen der efter dens mening kan betegnes som særlige omstændigheder. Lad mig tilføje, at

⁴⁵ — Under retsmødet syntes Kommissionen at have ændret holdning og tilsluttede sig de indstævntes holdning.

begrebet særlige omstændigheder nødvendigvis må være vagt og forudsætter en vurdering i de enkelte tilfælde, hvilket går ud over retssikkerheden.

begyndende i september 1990 og sluttende i 1993. Court of Appeal mente også, at begrebet tidspunktet for overførslen i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 kunne fortolkes som en kortere eller længere periode, i løbet af hvilken overførslen finder sted. De indstævnte tilsluttede sig denne fortolkning. Under retsmødet syntes Kommissionen at tilslutte sig denne fortolkning.

57. I lyset af disse betragtninger mener jeg ikke, at den fortolkning, som Kommissionen har foreslået i sine skriftlige indlæg, er overbevisende.

c) Bred fortolkning af begrebet tidspunktet for overførslen som en overførselsperiode

58. Den anden fortolkning, som er forelagt Domstolen, består i at definere tidspunktet for overførslen som en overførselsperiode, der strækker sig over tid og slutter, når det sidste element af den overførte virksomhed er overført. Følgelig ville overførslen fra ministeriet til Newtec blive anset for at være afsluttet, da overdrageren ophørte med at være arbejdsgiver for alle arbejdstagerne i denne virksomhed, og erhververen var blevet deres arbejdsgiver.

59. Blandt de britiske domstole, der har truffet afgørelse i tvisten mellem Celtec og tre af dets arbejdstagere, fastsatte Employment Tribunal således en overførselsperiode

60. Det hovedargument, som tilhængerne af denne fortolkning gør gældende, er i overensstemmelse med målet om beskyttelse af arbejdstagerne i direktiv 77/187. Jeg mener, at selv om det naturligvis er at foretrække, at den valgte fortolkning er i overensstemmelse med dette mål, så er dette argument dog ikke i sig selv tilstrækkeligt til at gøre fortolkningen overbevisende. Det forekommer mig således at være farligt kun at ræsonnere på baggrund af direktivets målsætning og at omdanne denne tekst til et instrument, der udelukkende har til formål at beskytte arbejdstagerne, uden at holde sig de fremtidige konsekvenser af den foreslåede fortolkning for øje⁴⁶.

61. Selv om det kan være fuldt berettiget at fortolke nogle af bestemmelserne i direktiv 77/187⁴⁷ bredt, giver det imidlertid anledning til talrige problemer, hvis man betragter tidspunktet for overførslen som en over-

46 — For en præsentation af disse risici se G. More, »The Concept of Undertaking in the Acquired Rights Directive: The Court under Pressure (Again)«, *15 YEL*, 1995, s. 135.

47 — Domstolen har f.eks. fortolket dette direktivs artikel 1, nr. 1, bredt.

førselsperiode, der afsluttes, når den sidste arbejdskontrakt er overført.

62. Det ville være usikkert, hvordan de arbejdskontrakter, hvis overførsel er afsluttet inden det tidspunkt, der fastsættes som »tidspunktet for overførslen«, skulle behandles. Der ville også være tvivl om, hvorvidt en arbejdstager, der ansættes i den overgangsperiode, hvor overførslen finder sted, vil kunne få overført sin arbejdskontrakt i medfør af direktiv 77/187. Den usikkerhed i forbindelse med overgangsperioden, der således skabes, fører til, at en bred fortolkning af begrebet tidspunktet for overførslen må udelukkes.

63. Selv om en fortolkning, hvorefter overførslen sker individuelt for hver enkelt arbejdskontrakt, når alle de rettigheder, der er knyttet til denne kontrakt, er overført, undgår denne fare, er den dog ikke mere velegnet af følgende årsager.

64. Begge disse fortolkninger er i modstrid med den mekanisme, der er fastsat i direktivet. Artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 omhandler således en automatisk overførsel af arbejdskontrakterne som følge af overførslen. Den begrænser sig til at opregne de konsekvenser, som en virksomhedsoverførsel vil få for arbejdskontrakterne. Hvis virksomhedsoverførslen først anses for at være gennemført, når arbejdskontrakterne er

overført, betyder det, at en konsekvens af virksomhedsoverførslen gøres til en forudsætning for, at den har fundet sted. Resultatet ville være, at en virksomhedsoverførsel ikke længere ville blive bedømt på et objektivt grundlag, men ville være underlagt overførslen af arbejdskontrakterne. Hvis man følger denne fortolkning, kunne overdragelsen og erhververen blot undlade at overføre arbejdskontrakterne, og ville således ikke være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 77/187.

65. Af disse årsager bør fortolkningen af begrebet tidspunktet for overførslen i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 3, nr. 1, i direktiv 77/187 som en overførselsperiode forkastes.

3) Alternativ fortolkning af tidspunktet for overførslen i forbindelse med en kompleks overførsel

66. Direktiv 77/187 finder fortsat anvendelse, uanset hvor kompleks den pågældende overførsel er. Målet er fortsat at sikre arbejdstagerne i en overført enhed en social minimumsbeskyttelse ved at varetage deres rettigheder. Selv om disse sociale betragtninger er fremherskende i retspraksis, er denne også kendetegnet ved behovet for at

forene dem med det andet mål med direktivet, der går ud på at muliggøre udviklingen af konkurrencedygtige virksomheder⁴⁸. Domstolens retspraksis på området for virksomhedsoverførsel har således altid bestræbt sig på at opretholde en ligevægt mellem målet om beskyttelse af arbejdstagerne og hensyntagen til den økonomiske virkelighed⁴⁹.

tilfældigt valg, der risikerer at være til hinder for f.eks. gennemførelsen af en gradvis privatisering med en periode med midlertidig udstationering.

67. Når en overførsel sker, fordi der underskrives en kontrakt mellem overdrageren og erhververen, er det let at fastsætte tidspunktet for, hvornår den træder i kraft. Når der ikke er indgået en sådan aftale, bliver det imidlertid vanskeligt med sikkerhed at fastsætte et bestemt tidspunkt, hvor overførslen har fundet sted. Udfordringen i den foreliggende sag er netop at tilrettelægge beskyttelsen af de overførte arbejdstagere og samtidig sikre en fleksibilitet i den materielle gennemførelse af overførslen, der afspejler de økonomiske og politiske betragtninger. Som jeg har påvist i forbindelse med gennemgangen af Celtecs holdning, ville fastsættelse af et enkelt tidspunkt for overførslen være et

68. Derimod ville ingen af de to mål med direktiv 77/187 blive tilsidesat, hvis man giver afkald på at vælge et enkelt tidspunkt, hvor overførslen anses for at være sket. På denne måde sikrer man, at arbejdstagernes rettigheder varetages, samtidig med at der åbnes mulighed for gennemførelse af en overførsel over en periode.

69. For at undgå, at den beskyttelse, som direktiv 77/187 indrømmer arbejdstagerne, trues, må man sikre sig, at deres rettigheder ikke berøres af det tidspunkt, hvor deres arbejdskontrakter overføres. Gør man ikke det, vil overdragerne og erhververne kunne være fristet til at forskyde overførslen af arbejdskontrakterne for at undgå anvendelsen af direktiv 77/187.

48 — Fjerde betragtning til direktiv 77/187 henviser til, at medlemsstaternes forskellige lovgivninger på det sociale og arbejdsmarkedsmæssige område kan »indvirke direkte på det fælles markeds funktion«. C. Barnard, *Employment Law*, 2. udgave, 2000, s. 445. S. Deakin og J. Browne, »Social Rights and Market Order: Adapting the Capability Approach«, *Economic and Social Rights in the EU Charter of Fundamental Rights, a legal perspective*, Oxford, 2003, s. 28: »The historical function of social rights is to reconcile the traditional mechanisms of social policy with the mechanisms of a market order«.

49 — Vedrørende Domstolens opretholdelse af en ligevægt mellem disse to krav se J. Hunt, »The Court of Justice as a policy actor: the case of the Acquired Rights Directives«, *18 Legal Studies*, 1998, s. 336.

70. For at opfylde kravet om varetagelsen af arbejdstagernes rettigheder mener jeg, at de tre nedenstående betingelser skal være opfyldt. For det første vil overførslen af arbejdskontrakterne på et andet tidspunkt end overførslen af aktiverne kun være neutral for arbejdstagerne, hvis de arbejdsvilkår, der er gældende på det tidspunkt, hvor

der træffes beslutning om overførslen, forbliver uændrede i løbet af hele den praktiske gennemførelse, der kan strække sig over en vis periode⁵⁰. Hvis overdragerens økonomiske situation forringes, og opretholdelsen af arbejdsvilkårene derfor ser ud til at være i fare, vil en tidsmæssig forskydning af overførslen af arbejdskontrakterne kunne være i overensstemmelse med direktiv 77/187.

71. For det andet bør det fastsatte tidspunkt for overførslen af arbejdskontrakterne ikke have nogen som helst indflydelse på omfanget af den gennemførte overførsel. Med andre ord er overdragerens og erhververens eventuelle manøvremargin begrænset til tidspunktet for overførslen af arbejdskontrakterne, når grænserne for den overførte enhed og dermed de arbejdstagere, der er tilknyttet denne enhed, er fastlagt i medfør af artikel 1, nr. 1, i direktiv 77/187.

72. For det tredje bør arbejdstagerne, eftersom det er ubestridt, at de kan rejse indsigelse mod, at deres kontrakt overføres fra en arbejdstager til en anden⁵¹, på forhånd indrømmes mulighed for at acceptere, at overførslen af deres arbejdskontrakt sker på et senere tidspunkt end overførslen af virksomheden, forudsat at deres rettigheder forbliver uændrede. Selv om arbejdstagerne accepterer, at deres kontrakt først overføres til erhververen på et tidspunkt, der ligger

senere end overførslen af aktiverne, bevarer de ikke desto mindre muligheden for at rejse indsigelse mod, at deres kontrakt overføres, hvis de måtte ønske det. Det fremgår af retspraksis, at en arbejdstagers indsigelse mod, at hans arbejdskontrakt overføres, skal bedømmes i henhold til national ret⁵². Bedømmelsen af arbejdstagernes accept af, at overførslen af deres arbejdskontrakt udskydes, sker ligeledes i henhold til national ret.

73. Overholdelse af disse tre betingelser, som det tilkommer den nationale ret at vurdere, gør det muligt at gennemføre en virksomhedsoverførsel i flere trin, uden at det går ud over den minimumsbeskyttelse, som direktiv 77/187 indrømmer arbejdstagerne i tilfælde af overførsel.

C — Bedømmelse i forhold til overførslen i den foreliggende sag

74. Det står fast, at den privatisering, der er blevet gennemført, kan betegnes som en overførsel i den forstand, hvori udtrykket er

50 — Det forekommer hverken nødvendigt eller ønskeligt at indføre en tidsmæssig begrænsning af gennemførelsen af retningslinjerne for overførslen, forudsat at arbejdsvilkårene opretholdes fra den dag, hvor der træffes beslutning om overførslen.

51 — Dommen i sagen Katsikas m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 33.

52 — Dommen i sagen Katsikas m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 33, dommen i Merckx og Neuhuys-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 43, og dom af 12.11.1998, C-399/96, *Europièces*, Sml. I, s. 6965.

anvendt i artikel 1, nr. 1, i direktiv 77/187. Det følger heraf, at arbejdskontrakterne for de ansatte i ministeriet blev overført til TEC'erne i medfør af dette direktivs artikel 3, nr. 1. Den nationale ret skal sikre sig, at overførslen af arbejdskontrakterne på et senere tidspunkt end overførslen af virksomhedens aktiver ikke har ført til, hverken at nogle arbejdstagere ikke har været omfattet af den beskyttelse, som direktiv 77/187

indrømmer arbejdstagerne, eller til en forringelse af deres rettigheder. Den nationale ret skal ligeledes fastslå, om arbejdstagerne i ministeriet har accepteret, at overførslen af deres arbejdskontrakter først fandt sted efter udløbet af deres udstationeringsperiode. Selv om disse tre betingelser ikke er opfyldt, anses overførslen imidlertid for at være sket på det tidspunkt, hvor de øvrige elementer blev overført til Newtec, dvs. i september 1990.

IV — Forslag til afgørelse

75. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som House of Lords har forelagt den, på følgende måde:

»Begrebet »tidspunktet for overførslen« i artikel 3, nr. 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, kræver ikke, at der findes et enkelt tidspunkt, hvor alle virksomhedens eller bedriftens elementer overføres samtidigt. I forbindelse med en privatisering kan overførslen af arbejdskontrakterne ske efter overførslen af aktiverne, når det ikke medfører en forringelse af den beskyttelse, som direktiv 77/187 indrømmer arbejdstagerne, og hvis disse er indforståede hermed.«