



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. CRUZ VILLALÓN
fremsat den 19. februar 2013¹

Sag C-426/11

**Mark Alemo-Herron
Sandra Tipping
Christopher Anderson
Stacey Aris
Audrey Beckford
Lee Bennett
Delroy Carby
Vishnu Chetty
Deborah Cimitan
Victoria Clifton
Claudette Cummings
David Curtis
Stephen Flin
Patience Ijelekhai
Rosemarie Lee
Roxanne Lee
Vivian Ling
Michelle Nicholas
Lansdail Nugent
Anne O'Connor
Shirley Page
Alan Peel
Mathew Pennington
Laura Steward
mod
Parkwood Leisure Ltd**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Supreme Court (Det Forenede Kongerige))

»Overførsel af virksomheder — varetagelse af arbejdstagernes rettigheder — direktiv 2001/23/EF — artikel 3, stk. 3 — kollektiv overenskomst, der finder anvendelse på overdrageren og arbejdstageren på tidspunktet for overførslen — dynamiske bestemmelser, der henviser til eksisterende og fremtidige kollektive overenskomster — rækkevidden af Domstolens Werhof-dom — grundlæggende ret til negativ foreningsfrihed — frihed til at oprette og drive egen virksomhed — artikel 12 og 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder«

¹ — Originalsprog: spansk.

1. Med dette præjudicielle spørgsmål forelægger Det Forenede Kongeriges Supreme Court tre spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23/EF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter². Den forelæggende ret spørger, om direktiv 2001/23 forbyder, tillader eller pålægger medlemsstaterne at acceptere, at de såkaldte »dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster« overføres. Disse bestemmelser, som der er opnået enighed om mellem arbejdstagerne og den overdragende arbejdsgiver forud for datoen for overførslen af en virksomhed, har den virkning, at de forpligter den erhvervende arbejdsgiver til at underkaste sig de betingelser, der aftales i fremtidige kollektive overenskomster, også selv om den nævnte arbejdsgiver ikke kan deltage i forhandlingen om den pågældende overenskomst.

2. Det Forenede Kongeriges lovgivning har traditionelt givet de sociale aktører vide skønsbeføjelser og tilladt, at dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster i forbindelse med en virksomhedsoverførsel, ligeledes overføres. På denne måde er den erhvervende arbejdsgiver, tilsyneladende uden nogen tidsbegrænsning, omfattet af overenskomster, i hvis forhandling han ikke har deltaget, men også af dem, i hvis forhandling han ikke kan deltage. I dommen i Werhof-sagen³, der blev afsagt i den tyske arbejdsrets særlige sammenhæng, udelukkede Domstolen, at direktiv 2001/23 pålagde medlemsstaterne en forpligtelse til i forbindelse med en virksomhedsoverførsel at garantere overførsel af dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster. Denne afgørelse har givet anledning til indbyrdes modstridende afgørelser ved Det Forenede Kongeriges retter, idet nogle mener, at Domstolens dom forhindrer overførsel af enhver dynamisk henvisningsbestemmelse, mens andre finder, at den nævnte dom henviser til et helt særligt tilfælde, nemlig den tyske retsorden, som begrænsede disse bestemmelsers rækkevidde. Det Forenede Kongeriges Supreme Court har forelagt dette præjudicielle spørgsmål med henblik på, at Domstolen afgrænser rækkevidden af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 under hensyn til fortolkningen af den i Werhof-sagen.

I – Retsforskrifter

A – EU-retlige forskrifter

3. Direktiv 2001/23, som har erstattet direktiv 77/187/EØF⁴, bestemmer i artikel 3, under kapitel II om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder, følgende:

»Artikel 3

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

Medlemsstaterne kan bestemme, at overdrageren og erhververen efter datoen for overførslen hæfter solidarisk for forpligtelser, der er opstået inden datoen for overførslen som følge af en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, der bestod på datoen for overførslen.

2 — Rådets direktiv af 12.3.2001 (EFT L 82, s. 16).

3 — Dom af 9.3.2006, sag C-499/04, Sml. I, s. 2397.

4 — Rådets direktiv af 14.2.1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26).

2. Medlemsstaterne kan træffe passende foranstaltninger for at sikre, at overdrageren giver erhververen underretning om alle de rettigheder og forpligtelser, der vil blive overført til erhververen i henhold til denne artikel, for så vidt overdrageren er eller burde være bekendt med disse rettigheder og forpligtelser på tidspunktet for overførslen. Overdragerens manglende underretning af erhververen om sådanne rettigheder eller forpligtelser berører ikke overførslen af disse rettigheder eller forpligtelser og arbejdstagernes rettigheder over for erhververen og/eller overdrageren med hensyn til de pågældende rettigheder eller forpligtelser.

3. Efter overførslen skal erhververen opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som ifølge en kollektiv overenskomst gjaldt for overdrageren, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning.

Medlemsstaterne kan begrænse den periode, hvori løn- og arbejdsvilkårene skal opretholdes, idet den dog ikke kan være kortere end ét år.

4.

a) Medmindre medlemsstaterne bestemmer andet, finder stk. 1 og 3 ikke anvendelse på arbejdstageres ret til ydelser i forbindelse med alderdom og invaliditet eller ydelser til efterladte i henhold til supplerende faglige eller tværfaglige forsikringsordninger, der findes ud over medlemsstaternes lovbestemte sociale sikringsordninger.

b) Selv når medlemsstaterne ikke i henhold til litra a) bestemmer, at stk. 1 og 3 finder anvendelse på sådanne rettigheder, træffer de nødvendige foranstaltninger for at beskytte arbejdstagernes interesser og de personers interesser, som allerede har forladt overdragerens bedrift på tidspunktet for overførslen, for så vidt angår helt eller delvis erhvervet ret til ydelser i forbindelse med alderdom, herunder ydelser til efterladte, i henhold til supplerende faglige eller tværfaglige forsikringsordninger som omhandlet i litra a).«

4. I artikel 8 indeholder direktiv 2001/23 en bestemmelse om minimumsharmonisering med følgende ordlyd:

»Dette direktiv berører ikke medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre love eller administrative bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne, eller at fremme eller tillade anvendelsen af overenskomstmæssige bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne.«

B – Nationale retsfor skrifter

5. Direktiv 77/187/EØF, som er direktiv 2001/23's forgænger, blev gennemført i Det Forenede Kongeriges ret ved Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (herefter »TUPE«). Regulation 5 i TUPE gennemfører indholdet af artikel 3 i direktiv 2001/23, og bestemmelse (2)(a) fastsætter navnlig følgende

»Alle overdragerens rettigheder, beføjelser og forpligtelser, der er afledt af eller forbundet med kontrakten, overgår i medfør af denne bekendtgørelse til erhververen.«

6. Indtil afsigelsen af Domstolens dom i Werhof-sagen havde de britiske arbejdsretter fortolket direktiv 2001/23 og Regulation 5(2)(a) i TUPE *dynamisk*. De kontraktuelle bestemmelser, som udtrykkeligt indeholdt en henvisning til fremtidige kollektive overenskomster, der var aftalt inden for rammerne af et bestemt kollektivt forhandlingsorgan, var i henhold til direktivet og gennemførelsesbestemmelserne

hertil bindende for den erhvervende arbejdsgiver efter virksomhedens overførsel⁵. Adspurgt under retsmødet bekræftede både Parkwoods og arbejdstageres repræsentant dette punkt og anførte, at der var tale om en kontraktuel praksis, der hovedsageligt var udbredt i den offentlige sektor.

II – De faktiske omstændigheder og retsforhandlingerne ved de britiske retter

7. I 2002 overdrog London Borough of Lewisham driften af kommunens fritidsforvaltning til CCL Limited, en virksomhed i den private sektor, og arbejdstagerne blev overført til denne arbejdsgiver. I maj 2004 overdrog CCL Limited driften til virksomheden Parkwood Leisure Limited (herefter »Parkwood«), som ligeledes tilhører den private sektor.

8. Mens virksomheden var en del af Borough, bestemte ansættelseskontrakterne mellem arbejdstagerne og kommunen, at de drog fordel af de ansættelsesvilkår, der blev forhandlet af National Joint Council for Local Government Services (herefter »NJC«), som er et kollektivt forhandlingsorgan i den lokale offentlige sektor. Aftaler forhandlet af NJC var ikke bindende i henhold til lov, men som følge af et kontraktuelt vilkår i den pågældende arbejdskontrakt, som bestemte følgende:

»Under Deres ansættelse hos kommunen vil Deres ansættelsesvilkår være i overensstemmelse med kollektive overenskomster, som fra tid til anden forhandles af NJC [...], suppleret af lokale aftaler, der er forhandlet af kommunens forhandlingsudvalg.«

9. På tidspunktet for overdragelsen til CCL gjaldt NJC's aftale for perioden fra den 1. april 2002 til den 31. marts 2004. I maj 2004 overførtes virksomheden til Parkwood.

10. NJC afsluttede forhandlingerne om en ny aftale i juni 2004, som fik virkning med tilbagevirkende kraft fra den 1. april 2004, og som var gældende indtil den 31. marts 2007. Aftalen blev således indgået efter overførslen af virksomheden til Parkwood. Af denne grund konkluderede Parkwood, at den nye aftale ikke var bindende for virksomheden, hvilket den underrettede arbejdstagerne om, idet den nægtede at betale de lønforhøjelser, der var aftalt af NJC for perioden fra april 2004 til april 2007.

11. Parkwood deltager ikke i NJC og kan ikke under nogen omstændigheder gøre det, da det er en privat virksomhed uden for den offentlige administration.

12. Parkwoods afvisning af at underkaste sig de vilkår, der var aftalt af NJC, førte til, at arbejdstagerne anlagde sag ved Employment Tribunal (arbejdsretten), hvis dom i 2008 ikke gav arbejdstagerne medhold. Efter arbejdsrettens opfattelse udelukkede Domstolens dom i Werhof-sagen muligheden for i forbindelse med en virksomhedsoverførsel at overføre dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster. Første instans' afgørelse blev appelleret og efterfølgende ophævet af Employment Appeal Tribunal i 2009, der fandt, at praksis i Werhof-sagen ikke fandt anvendelse på omstændigheder som dem, der er reguleret i britisk ret.

13. Parkwood iværksatte appel til prøvelse af afgørelsen fra Employment Appeal Tribunal ved Court of Appeal, som i dom af 2010 tilsluttede sig Employment Tribunals fortolkning af direktivet og rækkevidden af Werhof-dommen.

14. Arbejdstagerne har iværksat appel til prøvelse af denne afgørelse ved Supreme Court, som har udsat sagen og forelagt disse præjudicielle spørgsmål.

5 — Dette har været Employment Appeal Tribunals faste praksis, sådan som det bl.a. er afspejlet i dommene i Whent mod Cartledge [1997] IRLR 153 EAT, BET Catering Service Ltd mod Ball & Others EAT 637/96, og Glendale Grounds Management mod Bradley EAT/485/97.

III – Retsforhandlingerne ved Domstolen og de præjudicielle spørgsmål

15. Den 12. august 2011 blev denne anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267, stk. 3, TEUF indført i Domstolens register. I anmodningen blev følgende spørgsmål stillet:

- »1) Når, som i den foreliggende sag, en arbejdstager har en kontraktuel ret mod overdrageren til at drage fordel af vilkår, der fra tid til anden er forhandlet og opnået enighed om af et kollektivt forhandlingsorgan, der er en tredjepart, og en sådan ret i henhold til national ret anerkendes som værende af dynamisk snarere end af statisk karakter i forholdet mellem arbejdstageren og den overdragende arbejdsgiver, følger det da af artikel 3 i [...] direktiv 2001/23[...], som fortolket i [Domstolens] dom [Werhof],
- a) at det kræves, at en sådan ret er beskyttet og kan håndhæves over for erhververen i tilfælde af en relevant overførsel, hvorpå direktivet finder anvendelse, eller
 - b) at de nationale retter har ret til at fastslå, at en sådan ret er beskyttet og kan håndhæves over for erhververen i tilfælde af en relevant overførsel, hvorpå direktivet finder anvendelse, eller
 - c) at de nationale retter ikke kan fastslå, at en sådan ret er beskyttet og kan håndhæves over for erhververen i tilfælde af en relevant overførsel, hvorpå direktivet finder anvendelse?
- 2) Under omstændigheder, hvor en medlemsstat har opfyldt sine forpligtelser vedrørende gennemførelse af minimumskravene i artikel 3 i direktiv 2001/23, men der opstår spørgsmål, om gennemførelsesforanstaltningerne skal fortolkes således, at de går videre end disse krav på en måde, som er til fordel for de beskyttede arbejdstagere, ved at yde dynamiske kontraktuelle rettigheder, som kan gøres gældende over for erhververen, kan medlemsstaternes retter da frit anvende national ret på fortolkningen af gennemførelsesbestemmelserne, forudsat – som altid – at en sådan fortolkning ikke er i strid med fællesskabsretten, eller skal der anvendes en anden fortolkningstilgang, og i givet fald, hvilken tilgang?
- 3) I den foreliggende sag, hvor arbejdsgiveren ikke har påstået, at en anerkendelse af arbejdstagernes dynamiske ret i henhold til national ret til kollektivt aftalte vilkår indebærer en tilsidesættelse af denne arbejdsgivers rettigheder i henhold til artikel 11 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, kan den nationale ret da frit anvende den fortolkning af [Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (bekendtgørelse om overførsel af virksomheder (beskyttelse i ansættelsen))], som arbejdstagerne har argumenteret for?»

16. Mark Alemo-Herron m.fl., Parkwood og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg.

17. Under retsmødet den 20. september 2012 fremlagde repræsentanterne for Mark Alemo-Herron m.fl. og Parkwood samt Kommissionens befuldmægtigede deres synspunkter.

IV – Det første og det andet præjudicielle spørgsmål

18. Med sine første to spørgsmål, som skal besvares samlet, spørger Det Forenede Kongeriges Supreme Court, om artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 kræver, tillader eller forhindrer, at en medlemsstat i forbindelse med en virksomhedsoverførsel overfører dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster. Supreme Court nærer tvivl om rækkevidden af den i 2006 afsagte Werhof-dom, hvor Domstolen afviste en dynamisk fortolkning af den nævnte artikel 3, stk. 3, i en tysk arbejdstagers sag, der var omfattet af en statisk bestemmelse, der henviste til en konkret kollektiv overenskomst.

19. Der er tilstrækkeligt grundlag for den forelæggende rets usikkerhed. Werhof-dommen afviste ganske vist blankt muligheden for, at direktiv 2001/23 pålagde medlemsstaterne at overføre dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster. Domstolens ræsonnement var imidlertid stærkt betinget af den pågældende sags særlige omstændigheder, som var væsentligt anderledes end dem, der er forelagt i den sag, der nu verserer ved Supreme Court. De vanskeligheder, som en dynamisk henvisning til fremtidige kollektive overenskomster giver anledning til i den foreliggende sag, er ikke de samme som i Werhof-sagen, idet Parkwood, til forskel fra den erhvervende arbejdsgiver i Werhof-sagen, er en privat virksomhed, som har erhvervet en oprindelig offentlig virksomhed. Parkwood kan derfor under ingen omstændigheder deltage i eller indirekte påvirke den kollektive forhandlingsproces, som er gennemført af NJC, som udelukkende er et organ for kollektive forhandlinger i den kommunale offentlige sektor.

20. I lyset af disse forskelle analyserer jeg først – detaljeret – ordlyden af direktiv 2001/23 og Werhof-dommen. Efterfølgende behandler jeg de faktuelle og retlige forskelle mellem Werhof-sagen og den foreliggende sag, og jeg nævner allerede på dette tidspunkt, at jeg foretrækker den anden fortolkning af direktivet, som Supreme Court har foreslået, dvs. den fortolkning, i medfør af hvilken medlemsstaterne ikke forhindres i, på grundlag af direktiv 2001/23 og i forbindelse med en virksomhedsoverførsel, at muliggøre overførslen af dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster. I tråd med bestemmelserne i Werhof-dommen må medlemsstaternes handlemåde imidlertid ikke være i strid med de af Unionen beskyttede grundlæggende rettigheder, hvilket aspekt jeg behandler ved besvarelsen af det tredje præjudicielle spørgsmål.

A – Direktiv 2001/23, anvendelsen af kollektive overenskomster i forbindelse med en virksomhedsoverførsel og medlemsstaternes råderum

21. Direktiv 2001/23, som erstatter direktiv 77/187, har til formål at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver, især for at sikre varetagelse af deres rettigheder⁶. Blandt andre foranstaltninger sikrer direktivet i medfør af artikel 3 opretholdelse af overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, efter overførslen af virksomheden. Som Domstolen har udtalt, er formålet med denne bestemmelse – uanset overførslen af virksomheden – at sikre opretholdelsen af alle løn- og arbejdsvilkårene, herunder de vilkår, der er aftalt i en kollektiv overenskomst, i overensstemmelse med viljen hos de kontraherende parter i den kollektive overenskomst⁷.

22. Som Kommissionen korrekt har anført, er artikel 3 i direktiv 2001/23 ikke en udtømmende bestemmelse, men en bestemmelse, som afspejler en balance mellem beskyttelsen af arbejdstageren og den erhvervende arbejdsgivers interesser. Således tillader artikel 3, stk. 1, andet afsnit, medlemsstaterne at bestemme, at overdrageren og erhververen hæfter solidarisk for forpligtelser, der er opstået som følge af en arbejdskontrakt. Ligeledes bemyndiger stk. 3, andet afsnit, vedrørende virkningerne af kollektive overenskomster medlemsstaterne til at begrænse den periode, hvor løn- og arbejdsvilkårene skal opretholdes, idet den dog ikke kan være kortere end ét år.

23. Som det er fremgået, er opretholdelsen af de rettigheder og forpligtelser, der er opstået som følge af den arbejdskontrakt, der var gældende på tidspunktet for overførslen, herunder dem, der følger af den kollektive overenskomst, der finder anvendelse på arbejdsforholdet, en *betinget* opretholdelse. Medlemsstaterne bevarer således et vidt råderum i forbindelse med gennemførelsen og anvendelsen af direktiv 2001/23. Dette skyldes, at direktivet, som Domstolen har påpeget, kun tilsigter »en delvis

6 — Jf. bl.a. dom af 10.2.1988, sag 324/86, »Daddy's Dance Hall«, Sml. s. 739, præmis 9, af 25.7.1991, sag C-362/89, D'Urso m.fl., Sml. I, s. 4105, præmis 9, og af 12.11.1992, sag C-209/91, Watson Rask og Christensen, Sml. I, s. 5755, præmis 26.

7 — Jf. bl.a. dommen i sagen D'Urso m.fl., præmis 9, samt dom af 27.11.2008, sag C-396/07, Juuri, Sml. I, s. 8883, præmis 33, og af 12.11.1998, sag C-399/96, Europièces, Sml. I, s. 6965, præmis 37.

harmonisering af det pågældende område⁸. Direktivet »tilsigter ikke at indføre en ensartet beskyttelse for hele [Unionen] på grundlag af fælles kriterier«, men at sikre, at arbejdstageren »opnår samme beskyttelse i forhold til erhververen, som han havde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende medlemsstats retsregler«⁹.

24. Dette råderum for medlemsstaterne fremgår om muligt endnu stærkere i artikel 8 i direktiv 2001/23, som fastslår, at direktivet »ikke berører medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre love eller administrative bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne«¹⁰. Det tilføjes derefter i artikel 8, af særlig relevans for den foreliggende sag, at direktivet heller ikke berører medlemsstaternes mulighed for at »fremme eller tillade anvendelsen af overenskomstmæssige bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne«¹¹.

25. På dette punkt er det nødvendigt at undersøge indholdet af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23, som er genstand for Supreme Courts spørgsmål. Bestemmelsen anfører, at efter overførslen skal erhververen opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som ifølge en kollektiv overenskomst gjaldt for overdrageren, »indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning«. Den præceptive formulering af bestemmelsen kan begrunde den forelæggende rets usikkerhed, som fører til, at den udleder et forbud mod enhver dynamisk beskyttelse, i henhold til hvilken den overenskomst, der gjaldt på tidspunktet for overførslen, eller efterfølgende overenskomster, er regulerende for arbejdsforholdet mellem arbejdstageren og erhververen. Med denne forståelse af bestemmelsen kan der imidlertid heller ikke ses bort fra bestemmelsen i direktivets artikel 8, som udtrykkeligt tillader medlemsstaterne ikke alene at indføre foranstaltninger, der er gunstigere for arbejdstagerne, men også tillader »anvendelse« af kollektive overenskomster, der er gunstigere for arbejdstagerne.

26. Vi må nu fokusere på Domstolens dom i Werhof-sagen, hvis indhold synes at gå imod enhver overførsel af dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster. Som jeg skal vise i det følgende, tager denne fortolkning af dommen imidlertid ikke hensyn til hverken de faktuelle omstændigheder, under hvilke dommen blev afsagt, eller de endelige mål med direktiv 2001/23.

B – Werhof-dommen

27. Årsagen til, at Werhof-dommen anses for en frontal forkastelse af dynamisk beskyttelse af løn- og arbejdsvilkår i fremtidige overenskomster, skyldes sagens særlige faktuelle og retlige omstændigheder. Hans Werhof var en tysk arbejdstager i metal- og elektronikindustrien, hvis arbejdskontrakt, der var gældende på overførselstidspunktet, indeholdt en statisk bestemmelse, der henviste til en kollektiv overenskomst. Dvs. at Hans Werhofs arbejdskontrakt henviste til de lønvilkår, der var forhandlet i en

8 — Jf. bl.a. dommen i sagen Watson Rask og Christensen, præmis 27, og dom af 6.11.2003, sag C-4/01, Martin m.fl., Sml. I, s. 12859, præmis 41.

9 — Ibidem.

10 — Gunstigere bestemmelser, der, som Domstolen fastslog, omfatter den måde, hvorpå disse fortolkes af de nationale retsinstanser, således som det er tilfældet i den foreliggende sag. Jf. i den forbindelse dom af 16.12.1992, forenede sager C-132/91, C-138/91 og C-139/91, Katsikas m.fl., Sml. I, s. 6577, præmis 40.

11 — Det bemærkes, at denne sætning er en af de nyskabelser, der indførtes ved direktiv 2001/23, i forhold til forgængerens, direktiv 77/187/EØF, hvis artikel 7 blot anførte, at »[d]ette direktiv begrænser ikke medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne«.

specifik kollektiv overenskomst, som gjaldt på tidspunktet for overførslen¹². På den anden side havde Forbundsrepublikken Tyskland gjort brug af den mulighed, som direktiv 2001/23 giver medlemsstaterne i artikel 3, stk. 3, andet afsnit, og således begrænset gyldigheden af de overenskomster, der var gældende på tidspunktet for overførslen, til en periode på højst et år¹³.

28. Werhof-sagen er således betinget af to omstændigheder af særlig betydning, som forklarer Domstolens ræsonnement, nemlig en statisk bestemmelse, der henviser til en konkret kollektiv overenskomst og en begrænsning efter loven af varigheden af overenskomsternes virkning efter overførslen. Under disse omstændigheder gjorde Hans Werhof på grundlag af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 krav på en dynamisk beskyttelse, som gav ham mulighed for at gøre brug af den kollektive overenskomst, der fulgte efter den overenskomst, der var gældende på tidspunktet for overførslen, til trods for at hans kontrakt ikke indeholdt nogen dynamisk bestemmelse. Det er ikke overraskende, at Domstolen besvarede Hans Werhofs påstande benægtende.

29. Domstolen indledte sin argumentation med at fremhæve den omstændighed, at den i Hans Werhofs ansættelseskontrakt indeholdte bestemmelse, der henviste til den kollektive overenskomst, var statisk. Således »kan en bestemmelse, der henviser til en kollektiv overenskomst, ikke have en større rækkevidde end *den overenskomst, hvortil den henviser*«¹⁴. Samme tankegang er afspejlet i forbindelse med Domstolens henvisning til direktivets artikel 3, stk. 2, som fastsætter begrænsninger til princippet om anvendeligheden »*af den kollektive overenskomst, hvortil arbejdskontrakten henviser*«¹⁵. Med andre ord udelukker Domstolen, at direktivet pålægger en dynamisk beskyttelse, når den arbejdskontrakt, der var gældende på overførselstidspunktet, indeholder bestemmelser, der henviser til en specifik kollektiv overenskomst. Det er kort sagt klart, at direktiv 2001/23 *ikke gør* de statiske bestemmelser, der var gældende på overførselstidspunktet, dynamiske.

30. Dernæst påpegede Domstolen, at Forbundsrepublikken Tyskland havde begrænset perioden for opretholdelse af løn- og arbejdsvilkårene, sådan som direktiv 2001/23 tillod det i artikel 3, stk. 3, andet afsnit¹⁶. Den omstændighed, at medlemsstaten havde gjort brug af dette prerogativ, er vigtig, da det, som Domstolen har påpeget, drejer sig om en »subsidiær« begrænsning, idet den kan finde anvendelse, såfremt ingen af de i stk. 3 nævnte situationer har fundet sted inden for en frist på et år (den eksisterende kollektive overenskomsts opsigelse eller udløb eller en ny overenskomsts ikrafttræden eller virkning)¹⁷. Selv i tilfælde af at kontrakterne indeholder dynamiske henvisninger til gældende og fremtidige kollektive overenskomster, vil medlemsstaterne altid have mulighed for at begrænse disse virkninger ved blot at sikre deres gyldighed i en minimumsperiode på et år. Dette var netop tilfældet i den tyske lovgivning i Werhof-sagen.

31. Det fremgår af det ovenstående, at Werhof-dommen ikke generelt har fastslået, at opretholdelsen af virkningerne af dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster, er uforenelig med direktivet. Hvad Werhof-dommen afviser, er blot, at direktivet *pålægger* medlemsstaterne at gennemføre en dynamisk beskyttelse, når kontrakten indeholder en bestemmelse om statisk henvisning, og end mindre når den berørte medlemsstat begrænser virkningerne af overenskomster, der var gældende på overførselstidspunktet, til en periode på et år. Hans Werhofs

12 — For en detaljeret beskrivelse af omstændighederne i Werhof-sagen, jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse i punkt 16-23.

13 — Jf. forslaget til afgørelse, der er nævnt i den foregående fodnote, punkt 14 og 15. Om de tyske retsforskrifter, der gælder i Hans Werhofs tilfælde, jf. P. Rémys analyse: »Le renvoi à la convention collective dans le contrat de travail en droit allemand et la directive transfert«, *Droit Social*, nr. 3, 2007, s. 342-346.

14 — Werhof-dommen, præmis 28 (min fremhævelse).

15 — Ibidem (min fremhævelse).

16 — Werhof-dommen, præmis 30.

17 — Werhof-dommen, præmis 30.

påstand gik ud over de mål, som er fastsat i direktiv 2001/23, og netop af denne grund tilføjede Domstolen i en særlig streng tone, at direktivet ikke har haft til hensigt »at beskytte blotte forventninger og dermed de hypotetiske fordele, der følger af de kollektive overenskomsters fremtidige udviklinger«¹⁸.

32. Et andet spørgsmål opstår, når fordelene, dvs. en udtrykkelig overtagelse af de vilkår, der er blevet aftalt af NJC, ikke kun er hypotetisk, men udtrykkeligt er blevet aftalt i arbejdskontrakten, og dette er tilladt i den nationale lovgivning. Dette er tilfældet i den foreliggende sag, hvis karakteristika omhyggeligt skal tages i betragtning.

C – Den foreliggende sag i lyset af direktiv 2001/23 og Werhof-dommen

33. I lyset af bestemmelserne i direktiv 2001/23 og under hensyn til den præcise rækkevidde af dommen i Werhof-sagen skal de faktiske omstændigheder og de nationale retsfor skrifter i forbindelse med den sag, som Supreme Court har henvist til Domstolen, nu undersøges.

34. Som parterne har forklaret, har britisk ret gennemført direktiv 2001/23 ved TUPE Regulations og indsat bestemmelserne i direktivets artikel 3 med næsten identisk ordlyd. Britisk lovgivning har ikke i særlig grad udviklet de vilkår, på hvilke arbejdsgiverens og arbejdstagerens rettigheder og forpligtelser som følge af en overførsel opretholdes, men har overført dette ansvar til arbejdsretterne. Som det fremgår af sagsakterne, har disse retter accepteret muligheden for, at en overførsel også omfatter overførsel af en dynamisk bestemmelse, der henviser til efterfølgende overenskomster¹⁹. Indtil tidspunktet for afsigelsen af Werhof-dommen var denne fortolkning af TUPE Regulations konstant og uomtvistet. Adspurgt under retsmødet om dette punkt bekræftede begge parter i hovedsagen forekomsten af denne retspraksis. Repræsentanten for arbejdstagerne tilføjede, at overførslen af denne type bestemmelser var særlig udbredt i forbindelse med overførsler af offentlige virksomheder.

35. Det Forenede Kongerige har ikke gjort brug af undtagelsen i artikel 3, stk. 3, andet afsnit, i direktiv 2001/23, i henhold til hvilken medlemsstaterne kan begrænse den periode, hvor virkningerne af kontrakter indgået forud for overførslen gælder, når overførslen er foretaget, om end med en minimumsgrænse på ét år. Dette forenet med arbejdsretternes tidligere omtalte retspraksis kan synes at bekræfte eksistensen af en tilgang, der har tendens til at fremme muligheden for overførsel af dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige overenskomster.

36. Begrundelsen for denne tilgang kan i lyset af parternes indlæg være den fleksible karakter af det kollektive forhandlingssystem i Det Forenede Kongerige. Til forskel fra andre nationale lovgivninger anerkender Det Forenede Kongerige ikke retsvirkningerne af kollektive overenskomster ved lov, idet det er arbejdskontrakterne, der som følge af en eksplicit eller implicit henvisning til overenskomsten, giver den retsvirkning²⁰. Som en generel regel følger overenskomsters retsvirkninger udelukkende af kontrakten og har den rækkevidde, som henvisningsbestemmelsen angiver. Denne opfattelse af kollektive overenskomster giver parterne et meget vidt råderum, også når de aftaler at underkaste sig fremtidige overenskomster, idet, som parterne i denne sag har påpeget, intet forhindrer dem i at genforhandle den bestemmelse i kontrakten, som omhandler henvisningen til overenskomsten.

18 — Werhof-dommen, præmis 29.

19 — Jf. Employment Appeal Tribunals retspraksis, der er nævnt i fodnote 5 til dette forslag til afgørelse.

20 — At kollektive overenskomster ikke er bindende, er et stærkt rodfastet princip i britisk arbejdsret med rødder i det 19. århundrede, dvs. i Section 4 i Trade Union Act fra 1871. *Common law* har udelukkende anerkendt virkningerne af kollektive overenskomster som følge af en udtrykkelig henvisning i en bestemmelse i arbejdskontrakten (jf. dommen i sagen Ford Motor Co. Ltd mod AUEFW [1969] 2 QB 303). Dette er den endnu gældende tilgang i den britiske retsorden, som påpeget af S. Deakin og G. Morris: *Labour Law*, 5. ed., Ed. Hart, Portland – Oxford, 2009, s. 237 og 238.

37. Af denne grund og eftersom en dynamisk bestemmelse, der henviser til en fremtidig overenskomst, er et resultat af en aftale mellem parterne, der kan ændres på ethvert tidspunkt, fandt de britiske retter ikke, at denne type aftaler kunne krænke arbejdsgiverens foreningsfrihed eller andre bestemmelser i britisk ret. I stedet kunne britiske arbejdsforholds fleksible og »kontraktuelle« system bidrage til, at denne type bestemmelser kunne overføres i forbindelse med en virksomhedsoverførsel.

38. I den foreliggende sag er det ubestridt, at den arbejdskontrakt, der gjaldt på tidspunktet for overførslen, indeholdt en dynamisk bestemmelse, der henviste til de overenskomster, der var aftalt af NJC. På tidspunktet for overførslen havde arbejdstagerne fordel af en udtrykkelig og præcis forpligtelse for arbejdsgiveren til at overholde de arbejdsvilkår, der fulgte af det nævnte organs nuværende og fremtidige kollektive forhandlinger. Til forskel fra situationen i Werhof-sagen er der i den foreliggende sag tale om en arbejdskontrakt, som indeholder en dynamisk bestemmelse om overtagelse af de aftalte vilkår i fremtidige overenskomster. Med Domstolens udtryk i Werhof-sagen er de »forventninger«, der skabes med denne bestemmelse til fordel for den overførte virksomheds arbejdstagere, væsentligt forskellige fra dem, der skabes med en statisk bestemmelse som i Werhof-sagen. Det drejer sig her nærmere om vished, da bestemmelserne er frit og udtrykkeligt aftalt af parterne i henhold til gældende lov, og er registreret i arbejdskontrakten.

39. På baggrund af det ovenstående mener jeg, at direktiv 2001/23 ikke forhindrer Det Forenede Kongerige i at acceptere muligheden for, at parterne indfører dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster, og at de overgår som resultat af overførslen. Som vi har set, bekræftede Werhof-dommen, at direktivet ikke pålægger medlemsstaterne en dynamisk opfattelse af henvisningerne til overenskomster. Med andre ord betyder den omstændighed, at en kontrakt indeholder en statisk henvisning til en overenskomst, ikke, at direktivet gør henvisningen til en dynamisk henvisning. Direktivet forhindrer i princippet ikke medlemsstaterne i at acceptere eksistensen af dynamiske henvisningsbestemmelser. Intet i direktivets ordlyd forbyder det, og dets artikel 8, der anfører, at medlemsstaterne har mulighed for at »fremme eller tillade anvendelsen af overenskomstmæssige bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne«, synes at bekræfte det. Formålet med den britiske retspraksis til støtte for de såkaldt dynamiske henvisningsbestemmelser synes at være dette: at fremme opretholdelsen af vilkår, der er mere gunstige for arbejdstagerne, ved at de finder anvendelse i kraft af en henvisning til en kollektiv overenskomst.

40. At direktivet endvidere tillader Det Forenede Kongerige at yde en sådan beskyttelse, er på ingen måde til hinder for, at den britiske lovgiver gør brug af den mulighed, der gives i artikel 3, stk. 3, andet afsnit, hvilken bestemmelse tillader tidsmæssig begrænsning af de vilkår, der er aftalt på tidspunktet for overførslen, forudsat at de opretholdes for mindst et år. Der er heller intet, der forhindrer lovgiver eller de britiske retter i at ændre TUPE's rækkevidde med henblik på at begrænse eller forbyde overførslen af de dynamiske bestemmelser, der henviser til fremtidige kollektive overenskomster. Dette er kort sagt en beslutning, som falder inden for det område, der er forbeholdt medlemsstatens råderum.

41. I lyset af de fremførte argumenter konkluderer jeg derfor, at artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 skal fortolkes således, at den i princippet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne gør det muligt, at dynamiske bestemmelser, der henviser til eksisterende og fremtidige kollektive overenskomster, og som frit er aftalt af parterne i arbejdskontrakten, overføres som følge af en virksomhedsoverførsel.

V – Det tredje præjudicielle spørgsmål

42. Med det tredje spørgsmål spørger Supreme Court, om den omstændighed, at dynamiske henvisningsbestemmelser eventuelt er forenelige med direktiv 2001/23, under alle omstændigheder vil kunne tilsidesætte artikel 11 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«). For så vidt som jeg foreslår, at Domstolen anerkender de nævnte bestemmelser overensstemmelse med direktiv 2001/23, er det nødvendigt at besvare det tredje spørgsmål, om end med en vis omformulering af dets ordlyd.

43. Supreme Court giver udtryk for tvivl om virkningen af artikel 11 EMRK og i forlængelse heraf artikel 12 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder. Den nævnte bestemmelse, hvorved foreningsfriheden proklameres, beskytter ikke alene individet mod mulige forbud eller begrænsninger af dets mulighed for at deltage i eller oprette foreninger, men også mod en direkte eller indirekte forpligtelse til at deltage i dem²¹. Den forelæggende ret stiller derfor spørgsmålet om, hvorvidt TUPE, som fortolket af de britiske retter på nuværende tidspunkt, er forenelig med arbejdsgiverens negative foreningsfrihed.

44. Selv om en situation som Parkwoods kunne falde inden for anvendelsesområdet for chartrets artikel 12, har den foreliggende sag et særligt kendetegn, der efter min mening bringer den uden for den negative foreningsfrihed. Som det er anført i punkt 8 i dette forslag til afgørelse, er det kollektive forhandlingsorgan, som den anfægtede kontraktuelle bestemmelse henviser til, NJC, et offentligt organ, som forhandler arbejdsvilkårene for personale i den lokale offentlige sektor. I betragtning af dets offentlige karakter og strenge kompetenceområde kan NJC vanskeligt give udtryk for eller repræsentere Parkwoods interesser, til trods for at der er tale om en overført virksomhed, som tidligere var offentlig. Dette har parterne bekræftet både i deres skriftlige og mundtlige indlæg, og det konstateres også af den forelæggende ret i dens forelæggelsesafgørelse.

45. Problemet består derfor ikke i, at Parkwood er forpligtet til at deltage i en organisation, hvis den ønsker at øve indflydelse på sine arbejdstageres arbejdsvilkår (en situation, som ville skabe problemer i relation til foreneligheden med chartrets artikel 12). Det kan i stedet anføres, at Parkwood *ikke på nogen måde kan være repræsenteret* i NJC. Begrænsningen af Parkwoods rettigheder skyldes ikke en forpligtelse til at deltage i et organ, men at den skal overtage nogle forpligtelser, der er indgået i nogle aftaler, som den ikke er i stand til at indvirke på.

46. Som jeg redegør for i det følgende, er den grundlæggende rettighed under disse omstændigheder ikke arbejdsgiverens negative foreningsfrihed, men derimod hans grundlæggende ret til at oprette og drive egen virksomhed, som chartrets artikel 16 anerkender »i overensstemmelse med EU-retten og national lovgivning og praksis«.

47. Som jeg tidligere har anført, mener jeg, at direktiv 2001/23 ikke forbyder medlemsstaterne at etablere beskæftigelsesordninger, hvori dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster, indgår i overførslen af rettigheder og forpligtelser i forbindelse med en virksomhedsoverførsel. Som bekendt skal medlemsstaterne, selv når EU-retten udtrykkeligt giver dem en skønsbeføjelse, udøve den under overholdelse af denne retsorden²². Denne forpligtelse omfatter naturligvis bl.a. de grundlæggende rettigheder, sådan som det udtrykkeligt er bestemt i chartrets artikel 51. Selv om Det Forenede Kongerige kan tillade de sociale aktører at indføre dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster, i arbejdskontrakterne, må denne mulighed ikke resultere i en adfærd, der er i strid med de grundlæggende rettigheder, der omhandles i chartret, herunder den i artikel 16 nævnte frihed til at oprette og drive egen virksomhed.

21 — Jf. i den forbindelse Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols retspraksis om den negative foreningsfrihed, navnlig dommene i Sigurdur A. Sigurjónsson mod Island af 30.6.1993, Gustafsson mod Sverige af 25.4.1996 og Vörður Ólafsson mod Island af 27.4.2010.

22 — Werhof-dommen, præmis 32 ff.

48. Friheden til at oprette og drive egen virksomhed har en lang historie i EU-retten²³. Oprindeligt opfattet som et udtryk for den grundlæggende ejendomsret²⁴, begyndte den allerede i 1980'erne at få selvstændig eksistens og fik til sidst status af et generelt princip i EU-retten²⁵. I dag fremgår det af forklaringerne til chartret, at denne artikel er baseret på Domstolens retspraksis, der anerkender friheden til at udøve økonomisk virksomhed og handelsvirksomhed, men også aftalefriheden samt princippet om fri konkurrence²⁶.

49. Til trods for, at friheden til at oprette og drive egen virksomhed følger af disse tre kilder, har retspraksis ikke hidtil givet en fuldstændig og operationel definition af denne frihed. De afgørelser, hvor Domstolen har udtalt sig herom, har begrænset sig til at henvise til ejendomsretten eller til at citere bestemmelsen i chartrets artikel 16.

50. Dette indebærer ikke, at det basale indhold i denne rettighed ikke kan udledes, og med henblik herpå yder de kilder, som forklaringerne til chartrets artikel 16 henviser til, en vigtig støtte. Friheden til at oprette og drive egen virksomhed, sådan som den er proklameret i den nævnte artikel, fungerer som en garanti for økonomisk initiativ og aktivitet, som klart er omfattet af visse begrænsninger, men som under alle omstændigheder sikrer nogle minimumsbetingelser for økonomisk aktivitet i det indre marked. Friheden til at oprette og drive egen virksomhed optræder som en grænse for Unionens indsatsområder i dens lovgivningsmæssige og udøvende funktion samt for medlemsstaternes aktivitet i forbindelse med anvendelsen af EU-retten.

51. På den anden side beskytter friheden til at oprette og drive egen virksomhed, selv om den er snævert forbundet med den grundlæggende ejendomsret, i EU-retten samt i flere af medlemsstaternes retsordener²⁷, forskellige retlige situationer. Mens ejendomsretten opererer på området for materielle og immaterielle goder, beskytter friheden til at oprette og drive egen virksomhed det økonomiske initiativ og kapaciteten til at deltage i et marked, men ikke konkrete fordele, set i finansiell værdi, som er opnået på det nævnte marked²⁸.

52. Endelig skal det nævnes, at friheden til at oprette og drive egen virksomhed udgør en grundlæggende rettighed, der er særdeles egnet til at blive brugt til afvejning. Det forhold, at det ikke er en absolut rettighed, bidrager til, at den ofte anvendes som modvægt til andre grundlæggende rettigheder, som det ses i Domstolens retspraksis, der hidtil har afvejet friheden til at oprette og drive egen virksomhed i forhold til andre grundlæggende rettigheder såsom beskyttelsen af privatlivets fred²⁹, sundheden³⁰ og den intellektuelle ejendomsret³¹.

23 — Jf. i den forbindelse J. Schwarze: »Der Grundrechtsschutz für Unternehmen in der Europäischen Grundrechtecharta«, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001.

24 — Jf. dom af 27.9.1979, sag 230/78, Eridania, Sml. s. 2749, præmis 20 ff., og af 19.9.1985, forenede sager 63/84 og 147/84, Finsider mod Kommissionen, Sml. s. 2857, præmis 23.

25 — Dom af 21.2.1991, forenede sager C-143/88 og C-92/89, Zuckerfabrik Süderdithmarschen og Zuckerfabrik Soest, Sml. I, s. 415, præmis 73.

26 — Forklaringerne henviser på dette punkt til dom af 14.5.1974, sag 4/73, Nold, Sml. s. 491, og Eridiana-dommen samt dom af 16.1.1979, sag 151/78, Sukkerfabriken Nykøbing, Sml. s. 1, præmis 19, og af 5.10.1999, sag C-240/97, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 6571, præmis 99.

27 — Et stort antal medlemsstater, som ligesom chartret hver især anerkender den grundlæggende frihed til at oprette og drive egen virksomhed. Dette gælder Spanien (artikel 38 i den spanske forfatning), Portugal (artikel 61, stk. 1, i den portugisiske forfatning) og Italien (artikel 41, stk. 1 i den italienske forfatning). I Frankrig udledes friheden til at oprette og drive egen virksomhed imidlertid af den forfatningsmæssige garanti for privat ejendomsret og generel ret til frihed, som P. Devolvé beskriver i *Droit public de l'économie*, Ed. Dalloz, Paris, 1998, s. 105 ff. En anden tilgang følges af den tyske retsorden, hvor det frie økonomiske initiativ følger af den private ejendomsret, men også af retten til frit valg af erhverv. Jf. P.-J. Tettinger: »Artikel 12« i M. Sachs (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, Ed. C.H. Beck, München, 1996, s. 428 ff. For en diskussion af denne grundlæggende rettighed i europæisk komparativ ret, jf. L. Arroyo Jiménez: *Libre empresa y títulos habilitantes*, Ed. CEPC, Madrid, 2004, s. 75-79.

28 — Jf. H.J. Blanke: »Artikel 16« i P. Tettinger og K. Stern: *Europäische Grundrechte-Charta*, Ed. C.H. Beck, 2006, s. 428, 429 og 439-442, samt L.M. Díez-Picazo Giménez: *Sistema de Derechos Fundamentales*, 3. ed., Ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2008, s. 537 ff.

29 — Dom af 29.3.2012, sag C-1/11, Interseroh Scrap and Metals Trading, EU:C:2012:194, præmis 44, af 24.11.2011, sag C-70/10, Scarlet Extended, EU:C:2011:771, præmis 50, og af 16.2.2012, sag C-360/10, SABAM, EU:C:2012:85, præmis 48.

30 — Dom af 6.9.2012, sag C-544/10, Deutsches Weintor, EU:C:2012:526, præmis 55.

31 — Scarlet-dommen, præmis 50, og SABAM-dommen, præmis 48.

53. I denne særlige situation har vi en national lovgivning, i henhold til hvilken dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster, overføres fuldt ud ved en virksomhedsoverførsel. Overførslen af bestemmelsen indebærer, at erhververen, i dette tilfælde Parkwood-virksomheden, er bundet af de beskæftigelsesvilkår, der nu og i fremtiden er aftalt af NJC. Ved en kontraktuel bestemmelse, der udtrykkeligt er indført i arbejdskontrakten, tillader den britiske retsorden således, at arbejdstagerne i offentlige virksomheder, der overføres til private virksomheder, opretholder de eksisterende og fremtidige vilkår, der er aftalt af NJC, i hvilket organ den erhvervende virksomhed ikke kan deltage.

54. Selvfølgelig indgår muligheden for at erhverve en bestemt virksomhed ikke i den i chartrets artikel 16 anerkendte frihed. Etableringen af så strenge krav til erhvervelse, at de i praksis fører til en stærk afskrækkelse fra at erhverve virksomheder, kan imidlertid resultere i en tilsidesættelse af den nævnte artikel. Den omstændighed, at arbejdsgiveren kan være bundet i det uendelige af ansættelsesbetingelser, som han ikke har aftalt i forbindelse med en virksomhedsoverførsel, får karakter af en begrænsning af den aftaleretlige frihed, som er et af de aspekter, der indgår i friheden til at oprette og drive egen virksomhed i henhold til forklaringerne til chartrets artikel 16.

55. Når dette er sagt, betyder den omstændighed at være bundet af vilkår, der er aftalt af NJC, ikke en automatisk krænkelse af friheden til at oprette og drive egen virksomhed. Det er derimod nødvendigt at undersøge sagens lovgivningsmæssige og faktuelle omstændigheder for at afklare, om den britiske retsorden er i strid med chartrets artikel 16. I den forbindelse har den forelæggende ret en særligt relevant funktion, da den bedst er i stand til at foretage denne bedømmelse, for så vidt som den vedrører den britiske arbejdsret. I forbindelse med denne analyse bør den forelæggende ret navnlig bedømme, om anvendelsen af de vilkår, der er forhandlet af NJC, er ubetinget og irreversibel. Det er klart, at påvirkningen af den grundlæggende rettighed vil variere, afhængigt af, i hvilken grad de vilkår, der er aftalt i det nævnte organ, er bindende.

56. Parterne i hovedsagen har angivet de basale træk i det britiske kollektive forhandlingssystem, som er karakteriseret ved dets fleksibilitet. Som det er godtgjort, har de britiske kollektive overenskomster ikke deres retsgrundlag i loven, men derimod i hver arbejdskontrakt, som er udtryk for arbejdstagerens og arbejdsgiverens frie vilje og aftaleretlige frihed. Uden at det berører den forelæggende rets relevante bedømmelse med henblik på at bekræfte dette punkt, tyder alt på, at de dynamiske henvisningsbestemmelser, til trods for at de er blevet overført, kan genforhandles og ændres af begge parter på ethvert tidspunkt under arbejdskontraktens gyldighed. Britisk ret synes med andre ord ikke at være til hinder for, at Parkwood og arbejdstagerne i den overførte virksomhed sætter sig til forhandlingsbordet og aftaler at ophæve, ændre eller opretholde den omhandlede bestemmelse.

57. Hvis dette er tilfældet, er de indsigelser, som den britiske retsorden rejser set fra chartrets synsvinkel, fjernet. Dette er imidlertid et spørgsmål, der kræver en analyse af national ret, som det ikke tilkommer Domstolen, men den forelæggende ret at gennemføre.

58. I lyset af ovenstående argumenter foreslår jeg Domstolen at besvare det tredje præjudicielle spørgsmål således, at EU-retten, og navnlig artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, ikke er til hinder for en national lovgivning, som forpligter erhververen af en virksomhed til at acceptere de eksisterende og fremtidige vilkår, der er aftalt i et kollektivt forhandlingsorgan, forudsat at den nævnte forpligtelse ikke har en ubetinget og irreversibel karakter. Det tilkommer den nationale ret at bedømme, om den nævnte forpligtelse, under den foreliggende sags særlige omstændigheder og i overensstemmelse med den nationale retsorden, faktisk har en ubetinget og irreversibel karakter.

VI – Forslag til afgørelse

59. I lyset af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Supreme Court, således:

- »1) Artikel 3, stk. 3, i Rådets direktiv 2001/23 af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter skal fortolkes således, at den i princippet ikke er til hinder for, at medlemsstaterne gør det muligt, at dynamiske bestemmelser, der henviser til eksisterende og fremtidige kollektive overenskomster, og som frit er aftalt af parterne i arbejdskontrakten, overføres som følge af en virksomhedsoverførsel.
- 2) EU-retten, og navnlig artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, er ikke til hinder for en national lovgivning, som forpligter erhververen af en virksomhed til at acceptere de eksisterende og fremtidige vilkår, der er aftalt af et kollektivt forhandlingsorgan, forudsat at den nævnte forpligtelse ikke har en ubetinget og irreversibel karakter. Det tilkommer den nationale ret at bedømme, om forpligtelsen under den foreliggende sags særlige omstændigheder og i overensstemmelse med den nationale retsorden faktisk har en ubetinget og irreversibel karakter.«