



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 19. januar 2017¹

Forenede sager C-680/15 og C-681/15

Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH (sag C-680/15),
Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH (sag C-681/15)
mod
Ivan Felja,
Vittoria Graf

(anmodninger om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse — direktiv 2001/23/EF — artikel 3, stk. 1 og 3 — varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder — bestemmelse i en arbejdskontrakt, hvori henvises til arbejdsvilkår, der er fastsat ved en kollektiv overenskomst, samt til ændringer af disse, der indtræder efter virksomhedsoverførslen«

1. De foreliggende anmodninger om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 3 i Rådets direktiv 2001/23/EF 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 bedrifter² samt af artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«).
2. Disse anmodninger er blevet indgivet under en sag mellem Ivan Felja og Vittoria Graf (herefter »sagsøgerne«) på den ene side og Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH og Asklepios Dienstleistungsgesellschaft mbH (herefter »Asklepios«) på den anden side angående anvendelsen af en kollektiv overenskomst.
3. Efter dom af 9. marts 2006, Werhof (C-499/04, EU:C:2006:168, herefter »Werhof-dommen«), og dom af 18. juli 2013, Alemo-Herron m.fl. (C-426/11, EU:C:2013:521, herefter »dommen i sagen Alemo-Herron m.fl.«), angår det generelle problem, som den foreliggende sag rejser, spørgsmålet om, hvorvidt en erhvervende arbejdsgiver efter en overførsel af en bedrift kan være forpligtet til at anvende de arbejdsvilkår, der følger af kollektive overenskomster, som er blevet indgået efter denne overførsel.
4. Det specielle ved såvel de ovennævnte domme som den foreliggende sag er, at anvendelsen af kollektive overenskomster på arbejdsforholdene mellem en arbejdsgiver og dennes ansatte er resultatet af en henvisning til disse overenskomster i arbejdskontrakterne.
5. Arbejdskontrakterne kan således indeholde to former for henvisninger, nemlig enten statiske eller dynamiske.

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT 2001, L 82, s. 16.

6. Bestemmelserne har enten statisk eller dynamisk karakter afhængig af, om de udelukkende henviser til en bestemt gældende kollektiv overenskomst eller ligeledes til fremtidige udviklinger af denne overenskomst.
7. Statiske bestemmelser henviser således til en bestemt kollektiv overenskomst og alene i den affattelse, som var gældende på overførelstidspunktet.
8. Når kontraktparterne derimod optager en dynamisk bestemmelse i arbejdskontrakten, er de enige om, at visse materielle bestemmelser vedrørende det arbejdsforhold, der består mellem dem, skal være en dynamisk følge af et eksternt retsgrundlag og skal undergå en fortsat udvikling. De arbejdsvilkår, der finder anvendelse, svarer følgelig til de kollektive overenskomster, der regelmæssigt forhandles af de kompetente organisationer.
9. Optagelse af denne form for bestemmelser i arbejdskontrakter skyldes for så vidt angår tysk ret ønsket om at sikre rettigheder for arbejdstagerne uanset disses fagforeningsmæssige tilhørsforhold.
10. Henvisningsbestemmelserne giver således arbejdsgivere, som er medlemmer af en arbejdsgiverorganisation, der har forhandlet og indgået en kollektiv brancheoverenskomst, mulighed for ligeledes at anvende denne i forhold til ikke-fagligt organiserede arbejdstagere.
11. Henvisningsbestemmelserne giver ligeledes arbejdsgivere, som ikke er medlemmer af en arbejdsgiverorganisation, der har forhandlet og indgået en kollektiv overenskomst, mulighed for frivilligt at anvende denne i forhold til (såvel fagligt organiserede, som ikke-organiserede) arbejdstagere.
12. Den foreliggende sag angår situationer af sidstnævnte type: En overdrager, som ikke er medlem af en arbejdsgiverorganisation, der har forhandlet og indgået en kollektiv overenskomst, har valgt at optage en bestemmelse, der henviser til den kollektive overenskomst, i de ansattes arbejdskontrakter. Denne henvisningsbestemmelse er dynamisk, for så vidt som den henviser til fremtidige udviklinger af den pågældende kollektive overenskomst.
13. Efter overførelse af overdragerens bedrift antog erhververen, at han ikke var forpligtet til at anvende de arbejdsvilkår, som fulgte af ændringer af den kollektive overenskomst, som var indtrådt efter overførelsen.
14. Domstolen anmodes om at fastslå, om direktiv 2001/23 under disse forudsætninger er til hinder for henvisningsbestemmelsens dynamiske karakter. Er dette direktiv med andre ord til hinder for, at erhververen er forpligtet til at anvende de arbejdsvilkår, der følger af fremtidige udviklinger af den kollektive overenskomst, som arbejdskontrakterne henviser til?
15. I det foreliggende forslag til afgørelse vil jeg besvare dette spørgsmål bekræftende.

I – Retsforskrifter

A – EU-retten

16. Artikel 1, stk. 1, litra a), i direktiv 2001/23, der erstattede og kodificerede direktiv 77/187/EØF³, bestemmer:

»Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.«

17. Direktivets artikel 3 bestemmer:

»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.

[...]

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.

[...]«

18. Direktivets artikel 8 bestemmer følgende:

»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 – Tysk ret

19. I Tyskland er rettigheder og forpligtelser i forbindelse med virksomhedsoverførsel reguleret i § 613a i Bürgerliches Gesetzbuch (borgerlig lovbog, herefter »BGB«), hvis stk. 1 har følgende ordlyd:

»Når en virksomhed eller en del af en virksomhed ved en retshandel overføres til en anden indehaver, indtræder denne i de rettigheder og forpligtelser, som hidrører fra de arbejdsforhold, der bestod på overførselstidspunktet. Hvis disse rettigheder og forpligtelser er reguleret ved retsnormer i en kollektiv overenskomst eller ved en lokal overenskomst, udgør de en del af arbejdsforholdet mellem den nye indehaver og arbejdstageren og må ikke ændres til ugunst for arbejdstageren, før der er forløbet et år fra overførselstidspunktet. Andet punktum gælder ikke, hvis den nye indehavers rettigheder og forpligtelser er reguleret ved retsnormer i en anden kollektiv overenskomst eller ved en anden lokal overenskomst. Rettigheder og forpligtelser kan ændres inden udløbet af den i andet punktum fastsatte frist, hvis den kollektive overenskomst eller den lokale overenskomst ikke længere er gældende, eller hvis ingen af parterne er bundet af en anden kollektiv overenskomst på et område, som den nye indehaver og arbejdstageren har aftalt at anvende.«

3 — 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 1977, L 61, s. 26).

II – Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

20. Sagsøgerne har været ansat på sygehuset i Dreieich-Lange (Tyskland) henholdsvis som pedel og gartner siden 1978 og som sygehjælper siden 1986. Efter at Kreis Offenbach (Tyskland), en kommunal myndighed, i 1995 havde overført sygehuset til et privatretligt selskab med begrænset ansvar (GmbH), overgik den del af bedriften, hvor sagsøgerne var ansat, i 1997 til KLS Facility Management GmbH (herefter »KLS FM«).

21. KLS FM, der ikke var medlem af en arbejdsgiverforening, indgik individuelle aftaler med sagsøgerne, hvorefter deres arbejdsforhold, lige som det var tilfældet inden overførslen, var reguleret af Bundesmanteltarifvertrag für Arbeiter gemeindlicher Verwaltungen und Betriebe (hovedaftale for arbejdere ansat i kommunale forvaltninger og virksomheder, herefter »BMT-G II«) og de kollektive overenskomster, der supplerede, ændrede og erstattede denne.

22. Efterfølgende blev KLS FM optaget i Asklepios-koncernen. Denne omfatter en lang række virksomheder inden for hospitalssektoren.

23. Den 1. juli 2008 blev den del af bedriften, som sagsøgerne var ansat i, overført fra KLS FM til et andet selskab inden for koncernen, nemlig Asklepios. Dette var heller ikke og er fortsat ikke, som medlem af en arbejdsgiverorganisation, bundet af BMT-G II, af Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (kollektiv overenskomst for offentligt ansatte, herefter »TVöD«), som erstattede den pr. 1. oktober 2005, eller af Tarifvertrag zur Überleitung der Beschäftigten der kommunalen Arbeitgeber in den TVöD und zur Regelung des Übergangsrechts (overenskomst vedrørende overførsel af ansatte hos kommunale arbejdsgivere til TVöD samt overgangsbestemmelser hertil, herefter »TVÜ-VKA«).

24. Sagsøgerne nedlagde for retterne påstand om, at det fastslås, at bestemmelserne i TVöD og de kollektive overenskomster, som supplerer den, samt bestemmelserne i TVÜ-VKA i de respektive gældende affattelser skal finde anvendelse på deres arbejdsforhold, dvs. at de skal anvendes dynamisk.

25. Asklepios har gjort gældende, at direktiv 2001/23 og chartrets artikel 16 er til hinder for den retsvirkning, der følger af national ret, af en dynamisk anvendelse af de kollektive overenskomster for offentligt ansatte, som arbejdskontrakten henviser til. Ifølge sagsøgte medfører dette, at de arbejdsvilkår, som er aftalt i arbejdskontrakten, og som følger af de kollektive overenskomster, der er nævnt i kontrakten, efter overførslen udelukkende skal anvendes statisk på arbejdsforholdet.

26. Førsteinstansretterne gav sagsøgerne medhold under de af dem anlagte sager.

27. Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland), der behandler revisionsappelsagen, har anmodet Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse vedrørende følgende spørgsmål:

»I.

1) Er artikel 3 i Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 til hinder for en national ordning, der bestemmer, at alle løn- og arbejdsvilkår, som i forbindelse med overdragelse af en virksomhed eller en bedrift egenhændigt og individuelt er aftalt i en arbejdskontrakt mellem overdrageren og arbejdstageren, skal overgå uændret til erhververen, som om han selv havde aftalt dem med den enkelte arbejdstager, når national lovgivning giver erhververen mulighed både for en tilpasning ved aftale og for en ensidig tilpasning?

2) Hvis det første spørgsmål samlet set eller med hensyn til en bestemt gruppe individuelt aftalte løn- og arbejdsvilkår i arbejdskontrakten mellem overdrageren og arbejdstageren besvares bekræftende:

Kan det af anvendelsen af direktiv 2001/23's artikel 3 udledes, at visse egenhændigt aftalte arbejdsvilkår mellem overdrager og arbejdstager skal undtages fra den uændrede overførsel og tilpasses udelukkende på grundlag af overførslen af virksomheden eller bedriften?

3) Hvis kriterierne i Domstolens svar på det første og det andet spørgsmål medfører, at en individuel henvisning, der er aftalt med den enkelte arbejdstager, hvorved visse bestemmelser i en kollektiv overenskomst egenhændigt gøres til en dynamisk del af en arbejdskontrakt, ikke overgår i uændret form til erhververen:

a) Gælder dette ligeledes, når hverken overdrageren eller erhververen er part i en kollektiv overenskomst eller tilhører en sådan part, dvs. når bestemmelserne i den kollektive overenskomst allerede før overførslen af virksomheden eller bedriften fandt anvendelse på arbejdsforholdet udelukkende, fordi der i arbejdskontrakten var indgået en egenhændig aftale med overdrageren om en henvisningsklausul?

b) Hvis dette spørgsmål besvares bekræftende:

Gælder dette ligeledes, når overdrageren og erhververen er virksomheder i samme koncern?

II. Er artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder til hinder for en national ordning, der er indført til gennemførelse af direktiv 77/187 eller 2001/23, og som bestemmer, at erhververen i forbindelse med en overførsel af en virksomhed eller bedrift er bundet til de arbejdsvilkår, som overdrageren egenhændigt og individuelt har aftalt med arbejdstageren før overførslen af bedriften, som om erhververen selv havde aftalt dem, selv om disse vilkår gør visse bestemmelser i en kollektiv overenskomst, der ellers ikke ville gælde for arbejdsforholdet, til en dynamisk del af en arbejdskontrakt, i det omfang national lovgivning giver erhververen mulighed både for en tilpasning ved aftale og for en ensidig tilpasning?«

III – Bedømmelse

28. Med disse spørgsmål, som skal behandles under ét, anmoder den forelæggende ret nærmere bestemt Domstolen om at fastslå, om artikel 3 i direktiv 2001/23, sammenholdt med chartrets artikel 16, skal fortolkes således, at den er til hinder for en national ordning, hvorefter overdragerens forpligtelser og rettigheder i henhold til en arbejdskontrakt, i tilfælde af virksomhedsoverførsel, omfatter opretholdelse af den bestemmelse i en sådan kontrakt, der indeholder en dynamisk henvisning til de arbejdsvilkår, der er fastsat ved en kollektiv overenskomst, når national lovgivning giver erhververen mulighed for både en tilpasning ved aftale og for en ensidig tilpasning. Den forelæggende ret har fremhævet dels, at hverken overdrageren eller erhververen direkte eller indirekte er part i den omhandlede kollektive overenskomst, dels, at overdrageren og erhververen er virksomheder inden for samme koncern.

A – Indledende bemærkninger

29. Indledningsvis bemærkes, at det efter min opfattelse er nødvendigt på ny at betragte de to fortilfælde, der findes, nemlig Werhof-dommen og dommen i sagen Alemo-Herron m.fl.

1. Werhof-dommen

30. Baggrunden for denne sag var en arbejdskontrakt, hvori der med hensyn til lønforhøjelse henvises til den gældende overenskomst for branchen, der var blevet forhandlet og indgået af en arbejdsgiverorganisation, som den overdragende virksomhed, men ikke erhververen, var medlem af. Den kontraktbestemmelse, som denne sag angik, var statisk, hvilket betyder, at den henviser til en bestemt gældende kollektiv overenskomst, ikke til kommende, fremtidige overenskomster.

31. Efter overførsel af den del af bedriften, hvori Hans Werhof arbejdede, blev der indgået en ny kollektiv overenskomst. Da sidstnævnte fastsatte en lønforhøjelse, nedlagde Hans Werhof påstand om, at hans arbejdsgiver blev anset for forpligtet til at anvende denne lønforhøjelse i forhold til ham.

32. Han gjorde således gældende, at når en individuel arbejdskontrakt omfatter en bestemmelse, som henviser til kollektive overenskomster indgået inden for en bestemt branche, har denne bestemmelse nødvendigvis en »dynamisk« karakter og henviser i henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187, der svarer til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23, til kollektive overenskomster indgået efter tidspunktet for virksomhedsoverførslen.

33. Domstolen delte ikke denne opfattelse. Den fastslog derimod, at denne bestemmelse skal fortolkes således, at den, når arbejdskontrakten henviser til en kollektiv overenskomst, som overdrageren er bundet af, ikke er til hinder for, at erhververen, som ikke er part i en sådan overenskomst, ikke er bundet af kollektive overenskomster, der er indgået efter den overenskomst, som var gældende på tidspunktet for overførslen af bedriften.

34. Domstolen begrundede denne konklusion som følger.

35. Domstolen bemærkede for det første, at en henvisningsbestemmelse i kontrakten, som den, denne sag angik, er omfattet af artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187. I henhold til dette direktiv »overgår de rettigheder og forpligtelser, der følger af en kollektiv overenskomst, hvortil arbejdskontrakten henviser, således automatisk til den nye ejer, selv om denne [...] ikke er part i nogen kollektiv overenskomst. Følgelig fortsætter de rettigheder og forpligtelser, der følger af en kollektiv overenskomst, med at gælde for den nye ejer efter overførslen af bedriften«⁴.

36. Ifølge Domstolen er det således klart, at de rettigheder og forpligtelser, der følger af en kollektiv overenskomst, som en bestemmelse i arbejdskontrakten henviser til, overføres til erhververen netop med hjemmel i artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187.

37. Efter denne præcisering skulle Domstolen dernæst tage stilling til, om denne form for bestemmelser, henset til bestemmelserne i direktiv 77/187, skulle fortolkes som en henvisning til den kollektive overenskomst, der var gældende for overdrageren på tidspunktet for overførslen, eller, i videre forstand, som henvisninger til fremtidige udviklinger af denne overenskomst.

38. Domstolen formulerede herefter en række regler, der, som det fremgår, viser sig at være yderst relevante med henblik på besvarelsen af de spørgsmål, som Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) har forelagt under nærværende sag.

4 — Werhof-dommens præmis 27.

39. Domstolen har således klart anført, at »[h]vad angår fortolkningen af [...] artikel 3, stk. 1, [i direktiv 77/187] kan en bestemmelse om henvisning til en kollektiv overenskomst ikke have en større rækkevidde end den overenskomst, hvortil den henviser. Følgelig bør der tages hensyn til direktivets artikel 3, stk. 2, som indeholder begrænsninger af princippet om anvendeligheden af den kollektive overenskomst, hvortil arbejdskontrakten henviser«⁵.

40. Domstolen opstillede således reglen om, at selv om artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187 ganske vist danner hjemmel for overførsel af rettigheder og forpligtelser til erhververen, skal denne bestemmelse imidlertid fortolkes under hensyn til samme direktivs artikel 3, stk. 2, der svarer til artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23, såfremt der i en kontraktbestemmelse henvises til arbejdsvilkår, som er fastsat i en kollektiv overenskomst. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at sidstnævnte bestemmelse kræver, at de arbejdsvilkår, der følger af kollektive overenskomster, skal opretholdes midlertidigt i forbindelse med overførsel af bedriften.

41. Ifølge Domstolen følger det dels af ordlyden af artikel 3, stk. 2, i direktiv 77/187, at de arbejdsvilkår, der er omfattet af en kollektiv overenskomst, »kun [opretholdes,] indtil denne opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning. Det fremgår således på ingen måde af direktivets ordlyd, at [EU-]lovgiver har haft til hensigt at lade erhververen være bundet af andre kollektive overenskomster end den, der var gældende på tidspunktet for overførslen, og følgelig at pålægge efterfølgende at ændre arbejdsvilkårene ved anvendelse af en ny kollektiv overenskomst indgået efter overførslen«⁶.

42. Domstolen præciserede, at »[e]n sådan vurdering [...] desuden [er] i overensstemmelse med formålet med nævnte direktiv, som indskrænker sig til at varetage de af arbejdstageres rettigheder og forpligtelser, som var gældende på tidspunktet for overførslen. Derimod har [direktiv 77/187] ikke haft til hensigt at beskytte blotte forventninger og dermed de hypotetiske fordele, der følger af de kollektive overenskomsters fremtidige udviklinger«⁷.

43. Dels bemærkede Domstolen, således som det fremgår af selve ordlyden af artikel 3, stk. 2, i direktiv 77/187, at »medlemsstaterne [kan] begrænse den periode, hvori arbejdsvilkårene i henhold til en kollektiv overenskomst skal opretholdes, såfremt denne periode er på mindst et år«⁸.

44. Domstolen præciserede endvidere, at »[s]elv om de af overførslen berørte arbejdstageres interesser i overensstemmelse med direktivets formål skal beskyttes, kan der imidlertid desuden ikke bortses fra erhververens interesser, idet denne bør være i stand til at foretage de tilpasninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af hans aktiviteter«⁹.

45. Domstolen sammenholdt derefter sagsøgerens krav om, at kontraktbestemmelsen skulle fortolkes dynamisk, med erhververens ret til foreningsfrihed.

46. I denne forbindelse fandt Domstolen, at »en »statisk« fortolkning af nævnte bestemmelse [...] [gør] det muligt at undgå, at erhververen af bedriften, som ikke er part i den kollektive overenskomst, forpligtes af de fremtidige udviklinger i overenskomsten. Erhververens foreningsfrihed sikres således fuldt ud«¹⁰. Under disse omstændigheder »kan sagsøgeren ikke gøre gældende, at en bestemmelse,

5 — Werhof-dommens præmis 28.

6 — Werhof-dommens præmis 29.

7 — Werhof-dommens præmis 29.

8 — Werhof-dommens præmis 30.

9 — Werhof-dommens præmis 31.

10 — Werhof-dommens præmis 35.

som er indeholdt i en individuel arbejdskontrakt, og som henviser til de kollektive overenskomster, der er indgået inden for en bestemt branche, nødvendigvis har en »dynamisk« karakter og i medfør af [...] artikel 3, stk. 1, [i direktiv 77/187] henviser til de kollektive overenskomster, der er indgået efter tidspunktet for overførslen af virksomheden«¹¹.

47. På grundlag af denne betragtning nåede Domstolen den konklusion, der er anført i punkt 33 i nærværende forslag til afgørelse.

48. Selv om Domstolen, når henses til baggrunden for forelæggelsen, ikke gik så vidt som til at fastslå, at artikel 3 i direktiv 77/187 var til hinder for, at kollektive overenskomster, der er indgået efter overførslen af bedriften, kunne gøres gældende over for erhververen, indeholder dens betragtninger kimene til denne løsning, som den i øvrigt flere år senere lagde til grund i dommen i sagen *Alemo-Herron m.fl.* Det fremgår imidlertid, at Domstolen nåede denne løsning ud fra andre betragtninger.

2. Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl.

49. Baggrunden for denne sag var, at et af London Borough Councils overdrog driften af dets fritidsforvaltning til en virksomhed i den private sektor, og fritidsforvaltningens ansatte blev en del af dens personale. Denne virksomhed overdrog derefter på ny den pågældende tjeneste til en anden virksomhed inden for den private sektor.

50. Mens fritidsforvaltningen var en del af den offentlige sektor, drog arbejdstagerne i fritidsforvaltningen fordel af de ansættelsesvilkår, der fra tid til anden blev forhandlet af NJC, som er et kollektivt forhandlingsorgan i den lokale offentlige sektor. Overenskomster forhandlet af NJC var ikke bindende i henhold til lov, men som følge af et kontraktuelt vilkår i den pågældende ansættelseskontrakt.

51. Efter virksomhedsoverførslen indgik NJC en ny aftale. Den erhvervende virksomhed fandt, at den ikke var bundet af denne nye aftale, idet den var blevet indgået efter overførslen, og afviste at lade den heraf følgende lønforhøjelse finde anvendelse i forhold til arbejdstagerne med den begrundelse, at aftalen var blevet indgået efter overførslen.

52. Domstolen, der havde fået forelagt en præjudiciel anmodning under den tvist, der verserede mellem arbejdstagerne og den erhvervende virksomhed, fastslog, at artikel 3 i direktiv 2001/23 skal fortolkes således, at den er til hinder for, at en medlemsstat i tilfælde af en overførsel af virksomhed fastsætter, at dynamiske bestemmelser, der henviser til kollektive overenskomster, som er forhandlet og vedtaget efter tidspunktet for overførslen, kan håndhæves over for erhververen, når denne ikke har mulighed for at deltage i forhandlingerne af sådanne kollektive overenskomster, der indgås efter overførslen.

53. Som begrundelse for denne konklusion bemærkede Domstolen indledningsvis, at det af Werhof-dommen følger, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at den, når arbejdskontrakten henviser til en kollektiv overenskomst, som overdrageren er bundet af, ikke er til hinder for, at erhververen, som ikke er part i en sådan overenskomst, ikke er bundet af kollektive overenskomster, der er indgået efter den overenskomst, som var gældende på tidspunktet for overførslen af virksomheden.

11 — Werhof-dommens præmis 36.

54. Da denne bestemmelse ikke er til hinder for, at national ret foreskriver, at en henvisningsbestemmelse udelukkende har statisk karakter, undersøgte Domstolen dernæst, om artikel 8 i direktiv 2001/23 tillod medlemsstaterne at indføre nationale bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne. Jeg erindrer i denne forbindelse om, at det i denne bestemmelse præciseres, at direktivet »[ikke] berører [...] 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«. Denne efterprøvelse var ifølge Domstolen begrundet, idet dynamiske henvisningsbestemmelser var gunstigere for arbejdstagerne end statiske bestemmelser.

55. Med henblik på at vurdere den margen, som artikel 8 i direktiv 2001/23 overlader medlemsstaterne under de særlige omstændigheder i den pågældende sag, fremhævede Domstolen følgende aspekter.

56. Ifølge Domstolen har direktiv 2001/23 for det første »imidlertid ikke kun til formål at beskytte arbejdstagernes interesser i forbindelse med overførsel af virksomheder, men skal sikre den rette balance mellem sidstnævntes interesser på den ene side og erhververens interesser på den anden side. Navnlig præciserer direktivet, at erhververen bør være i stand til at foretage de tilpasninger og ændringer, der er nødvendige af hensyn til fortsættelsen af hans aktiviteter«¹².

57. Dette er så meget desto mere nødvendigt, når der er tale om en virksomhedsoverførsel fra den offentlige til den private sektor¹³. Ifølge Domstolen kan »[e]n dynamisk bestemmelse, der henviser til kollektive overenskomster, som er forhandlet og vedtaget efter tidspunktet for den pågældende virksomhedsoverførsel, og som skal regulere ændringer i arbejdsvilkårene i den offentlige sektor, [...] imidlertid i betydeligt omfang indskrænke det råderum, der er nødvendigt for, at en erhverver i den private sektor kan foretage de nævnte tilpasninger og ændringer«¹⁴. I en sådan situation fandt Domstolen, at »en bestemmelse som denne [kan] gøre indgreb i den rette balance mellem erhververens interesser som arbejdsgiver på den ene side og arbejdstagernes interesser på den anden side«¹⁵.

58. Domstolen fandt for det andet, at artikel 3 i direktiv 2001/23 under alle omstændigheder skulle fortolkes i overensstemmelse med chartrets artikel 16, som omhandler friheden til at oprette og drive egen virksomhed, og som bl.a. omfatter aftalefriheden¹⁶.

59. Ifølge Domstolen følger det »[i] lyset af artikel 3 i direktiv 2001/23 [...] heraf, at erhververen i medfør af friheden til at oprette og drive egen virksomhed skal have mulighed for effektivt at varetage sine interesser under kontraktforhandlinger, som den pågældende kan deltage i, og for at forhandle de aspekter, som kan ændre arbejdsvilkårene for virksomhedens ansatte, med henblik på erhververens fremtidige erhvervsaktivitet«¹⁷.

60. Domstolen konstaterede i denne henseende, at erhververen i hovedsagen ikke havde nogen mulighed for at deltage i det omhandlede kollektive forhandlingsorgan, hvilket udelukkede hans mulighed for effektivt at varetage sine interesser¹⁸. Domstolen antog, at erhververens aftalefrihed på denne baggrund var så alvorligt reduceret, at begrænsningen kunne gøre indgreb i selve substansen af dennes frihed til at oprette og drive egen virksomhed¹⁹.

12 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 25.

13 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 26 og 27.

14 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 28.

15 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 29.

16 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 31 og 32.

17 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 33.

18 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 34.

19 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 35.

61. For så vidt som »artikel 3 i direktiv 2001/23, sammenholdt med dette direktivs artikel 8, [...] imidlertid ikke [kan] fortolkes således, at den tillader medlemsstaterne at træffe foranstaltninger, der, samtidig med at de er mere gunstige for arbejdstagerne, kan gøre indgreb i selve substansen af erhververens ret til at oprette og drive egen virksomhed«²⁰, nåede Domstolen det resultat, der er gengivet i punkt 52 i nærværende forslag til afgørelse.

62. Det fremgår således af denne dom, at selv om medlemsstaterne i princippet på grundlag af artikel 8 i direktiv 2001/23 kan vælge, at kontraktbestemmelser, der henviser til kollektive konventioner, skal have dynamisk karakter, er udnyttelsen af denne mulighed imidlertid betinget af, at de grundlæggende rettigheder, særligt erhververens frihed til at oprette og drive egen virksomhed, overholdes. Erhververens frihed til at oprette og drive egen virksomhed respekteres imidlertid ikke, når denne ikke har mulighed for at deltage i forhandlingerne af kollektive overenskomster, der indgås efter overførslen.

B – Bedømmelse

63. Med henblik på besvarelsen af de spørgsmål, som er blevet forelagt af Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager), bør Domstolen efter min opfattelse bygge sin argumentation på den, der blev udviklet i Werhof-dommen. Dette er så meget desto mere begrundet, som tysk ret i begge sager skal sammenholdes med bestemmelserne om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder i direktiv 2001/23. Principielt er det efter min opfattelse nødvendigt, at Domstolen benytter den lejlighed, som nærværende sag giver, til at afklare forholdet mellem direktivets artikel 3, stk. 1 og 3, og dets artikel 8.

1. Udgangspunktet er, at en kontraktbestemmelse, der henviser til en kollektiv overenskomst, er omfattet af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23

64. Det følger af ordlyden af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23, at »[o]verdragerens 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«. Som Domstolen tidligere har præciseret, henviser denne bestemmelse »i generelle vendinger og uden noget forbehold [...] til [ovennævnte] rettigheder og forpligtelser«²¹. Det følger således af den nævnte bestemmelse, at samtlige rettigheder og forpligtelser overgår til erhververen, når de følger af en arbejdskontrakt, der er blevet indgået mellem overdrageren og de arbejdstagere, der berøres af en virksomhedsoverførsel.

65. Ifølge fast retspraksis har direktiv 2001/23 til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne ifølge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren²².

66. I henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 er erhververen trådt i overdragerens sted med hensyn til de rettigheder og forpligtelser, som følger af arbejdsforholdet²³.

67. Domstolen har i øvrigt fastslået, at bestemmelserne i direktiv 2001/23 skal anses for præceptive, for så vidt som det ikke er tilladt at fravige disse til ugunst for arbejdstagerne. Heraf følger, at de på tidspunktet for en virksomheds overførsel mellem overdrageren og arbejdstagerne i vedkommende virksomhed bestående arbejdskontrakter eller arbejdsforhold automatisk overgår til erhververen alene på grund af overførslen²⁴.

20 — Dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., præmis 36.

21 — Jf. bl.a. dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, præmis 36).

22 — Jf. bl.a. dom af 27.11.2008, Juuri (C-396/07, EU:C:2008:656, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis), samt dom af 6.3.2014, Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

23 — Jf. bl.a. dom af 14.9.2000, Collino og Chiappero (C-343/98, EU:C:2000:441, præmis 52 og den deri nævnte retspraksis).

24 — Jf. bl.a. Werhof-dommen (præmis 26 og den deri nævnte retspraksis).

68. Den norske regering har anført, at det følger af en ordlyds- og formålsfortolkning af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23, at det må antages, at de rettigheder og forpligtelser, der følger af en arbejdskontrakt, i henhold til hvilken arbejdstageren og overdrageren har aftalt at respektere de arbejdsvilkår, der er fastsat i en gældende, dynamisk kollektiv overenskomst, som den, den foreliggende sag angår, overføres til erhververen.

69. Formodningen for at opretholde de arbejdsvilkår, der følger af kollektive overenskomster, der er blevet forhandlet og vedtaget efter overførelstidspunktet, hviler på ideen om, at overdrageren og arbejdstagerne ved optagelse af en henvisningsbestemmelse i en kollektiv overenskomst bevidst har godkendt, at bestemmelserne i denne kollektive overenskomst regulerer deres indbyrdes arbejdsforhold. Arbejdstageren har således en kontraktmæssigt sikret ret til de vilkår, der regelmæssigt bliver aftalt på kollektivt plan. Forpligtelsen udspringer af den individuelle arbejdskontrakt, ikke af den kollektive overenskomst. Denne konstatering indebærer ganske enkelt en anvendelse af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 med henblik på at opretholde de rettigheder og forpligtelser, der er fastsat i arbejdskontrakten. Da arbejdstagerens ret til at drage fordel af de arbejdsvilkår, som regelmæssigt aftales på kollektivt plan, kan gøres gældende over for overdrageren, vil den efter overførslen kunne gøres gældende over for erhververen, da kontrakten betragtes, som om den oprindeligt var blevet indgået med erhververen.

70. Jeg finder imidlertid ikke, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 under omstændighederne i tvisten i hovedsagen kan betragtes isoleret, men skal fortolkes under hensyn til direktivets artikel 3, stk. 3.

2. Begrænsning: Ved en kontraktbestemmelse, der henviser til en kollektiv overenskomst, skal artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 sammenholdes med direktivets artikel 3, stk. 3

71. Jeg erindrer om, at artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 bestemmer følgende:

»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.«

72. Artikel 3, stk. 1 og 3, i direktiv 2001/23 er udtryk for forholdet mellem to regler. For det første den generelle regel, hvorefter de rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt, som bestod på tidspunktet for overførslen i dette direktivs forstand, skal overføres til erhververen. Dernæst i hvilket omfang erhververen fortsat er bundet af de vilkår, der blev aftalt ved en kollektiv overenskomst, der fandt anvendelse i forhold til overdrageren på tidspunktet for overførslen.

73. Når en bestemmelse i en arbejdskontrakt, der er indgået mellem den overdragende arbejdsgiver og dennes ansatte, indeholder en henvisning til arbejdsvilkår, der regelmæssigt fastsættes ved kollektive forhandlinger, er situationen efter min opfattelse reguleret af artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23, sammenholdt med direktivets artikel 3, stk. 3.

74. I henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 overføres bestemmelsen i en arbejdskontrakt, hvorved der henvises til arbejdsvilkår, der er fastsat i en kollektiv overenskomst, til erhververen som følge af overførslen af bedriften.

75. Er der tale om arbejdsvilkår fastsat ved en kollektiv overenskomst, begrænser direktivets artikel 3, stk. 3, imidlertid rækkevidden af de forpligtelser, der påhviler erhververen i henhold til denne klausul. Det følger af denne bestemmelse, at alene de arbejdsvilkår, der i henhold til den kollektive overenskomst er gældende på overførelstidspunktet, skal opretholdes af erhververen. Det følger

således af den nævnte bestemmelse, at forpligtelsen til at respektere disse arbejdsvilkår består lige så længe som den kollektive overenskomst, der er i kraft på overførelstidspunktet, selv er gældende, dvs. »indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning«.

76. Medlemsstaterne har endvidere mulighed for at begrænse den periode, i hvilken arbejdsvilkårene skal opretholdes, idet denne dog ikke kan være kortere end ét år. Det bemærkes, at tysk ret udtrykkeligt indeholder en sådan tidsbegrænsning.

77. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 er udtryk for et kompromis, der skal tilgodese interesserne for såvel erhververen som for de arbejdstagere, der er omfattet af virksomhedsoverførslen.

78. Det bemærkes, at Kommissionen allerede i det direktivforslag, der blev fremsat den 29. maj 1974, overvejede den situation, at erhververen, i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, ikke er part i den kollektive overenskomst, som forpligter overdrageren, og denne overenskomst ikke er blevet tillagt almindelig retsvirkning²⁵. Ifølge Kommissionen »ville det i dette tilfælde være i modstrid med princippet om organisationsfrihed at gøre erhververen til part i en kollektiv overenskomst imod hans vilje. For imidlertid at forhindre, at arbejdstagerne mister de arbejdsvilkår, der er fastsat i overenskomsten, søges der med stk. 3 et kompromis: Uden at erhververen er bundet af kollektive overenskomster, er denne ikke desto mindre forpligtet til at bevare hidtidige arbejdsvilkår i henhold til en kollektiv overenskomst; for tidsbegrænsede overenskomsters vedkommende indtil de udløber, og for tidsubegrænsede overenskomsters vedkommende i et tidsrum af ét år«²⁶.

79. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 sikrer således en balance mellem konkurrerende interesser: På den ene side har arbejdstageren krav på fortsat at nyde de særlige vilkår, der tidligere var blevet aftalt med overdrageren; på den anden side har erhververen en legitim ret til at kende omfanget af sine fremtidige forpligtelser og følgelig til ikke at være bundet af nye arbejdsvilkår, som fastsættes efter kollektive forhandlinger, som han enten ikke ønsker eller ikke kan deltage i.

80. Artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 giver endog medlemsstaterne mulighed for, af hensyn til erhververen, at begrænse det tidsrum, i hvilket denne er bundet af de arbejdsvilkår, der er fastsat ved den kollektive overenskomst, der var gældende på tidspunktet for overførslen, så længe dette tidsrum ikke er af under ét års varighed. Denne bestemmelse er ligeledes udtryk for den balance, som EU-lovgiver har tilstræbt, mellem henholdsvis arbejdstagernes og erhververens interesser i forbindelse med virksomhedsoverførsel.

81. Det er min opfattelse, at virkningen af den dynamiske henvisningsbestemmelse ophører i de situationer, der er omhandlet i artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23: ved udløb, opsigelse, eller hvor den erstattes af en anden, samt når – såfremt medlemsstaten har truffet bestemmelse herom – der er forløbet mindst ét år fra virksomhedsoverførslen. Disse klausuler omfatter således ikke kollektive overenskomster, der er blevet indgået efter overførelstidspunktet, medmindre den nye arbejdsgiver har udtrykt et andet ønske.

82. Efter min opfattelse er det ikke muligt at behandle det problem, som tvisten i hovedsagen rejser, alene på grundlag af direktivets artikel 3, stk. 1. En sådan fortolkning ville ved anvendelse af bestemmelsen føre til, at erhververen er bundet af samtlige de kontraktbestemmelser, der bandt overdrageren, uanset deres karakter. Selv om det ganske vidst er korrekt, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 ikke sonderer på grundlag af kontraktbestemmelsernes indhold, er der tale om en særlig situation, når en kontraktbestemmelse henviser til arbejdsvilkår fastsat i en kollektiv overenskomst. En

25 — Jf. forslag til Rådets direktiv om harmonisering af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagerens rettigheder og fordele i forbindelse med selskabsfusioner, virksomhedsoverdragelser og virksomhedssammenslutninger (KOM(74) 351 endelig udg.).

26 — Jf. direktivforslagets s. 6.

henvisning til arbejdsvilkår fastsat i en kollektiv overenskomst skaber således en situation, hvor opretholdelse af de rettigheder og forpligtelser, der følger af en arbejdskontrakt, på den ene side, og opretholdelse af de arbejdsvilkår, der følger af en kollektiv overenskomst, på den anden side, kombineres.

83. I betragtning af denne kombination finder jeg ikke, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 i denne situation kan fortolkes, uden at der tages hensyn til samme direktivs artikel 3, stk. 3, der bekræfter, at opretholdelsen af de arbejdsvilkår, der er fastsat ved en kollektiv overenskomst, er af midlertidig karakter.

84. Det er i denne henseende uden betydning, om anvendelsen af arbejdsvilkår, der er fastsat ved en kollektiv overenskomst i forhold til arbejdstagerne følger direkte af den kollektive overenskomst på grund af dennes bindende virkning for den omhandlede virksomhed eller sektor eller indirekte af overenskomsten som følge af en henvisningsbestemmelse i arbejdskontrakten.

85. I denne forbindelse er det værd at nævne det bidrag, som dom af 11. september 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197, herefter »dommen i sagen Österreichischer Gewerkschaftsbund«), yder. Domstolen præciserede således i denne dom, at »artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 ikke [har] til formål at opretholde virkningerne af en kollektiv overenskomst som sådan, men derimod de »løn- og arbejdsvilkår«, der gjaldt ifølge en sådan overenskomst»²⁷. Således »kræver nævnte direktivs artikel 3, stk. 3, opretholdelse af løn- og arbejdsvilkår, der følger af en kollektiv overenskomst, i hvilken forbindelse rettighedernes specifikke herkomst er af underordnet karakter»²⁸. Heraf følger ifølge Domstolen, at »løn- og arbejdsvilkår, der gælder ifølge en kollektiv overenskomst, i princippet falder ind under artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 *uafhængigt af den metode, der er benyttet til at anvende disse løn- og arbejdsvilkår på de berørte*. I denne henseende er det tilstrækkeligt, at sådanne vilkår er blevet aftalt i en kollektiv overenskomst og *reelt binder* overdrageren og de overførte arbejdstagere»²⁹. Med denne argumentation fastslog Domstolen i den omhandlede sag, at »de løn- og arbejdsvilkår, der er fastlagt ved kollektiv overenskomst, [...] derfor ikke [kan] anses for at ligge uden for denne bestemmelses anvendelsesområde udelukkende på grund af, at de finder anvendelse på de berørte i medfør af en regel som den i hovedsagen omhandlede om opretholdelse af virkningerne af kollektive overenskomster»³⁰.

86. Denne dom angik ganske vist ikke en henvisningsbestemmelse i en arbejdskontrakt, men det er min opfattelse, at den kan anvendes analogt på den her foreliggende sag.

87. Formålet med en henvisningsbestemmelse er nemlig at sikre samme resultat, som hvis den kollektive overenskomst umiddelbart fandt anvendelse på den pågældende virksomhed eller sektor, f.eks. fordi virksomheden er medlem af den arbejdsgiversammenslutning, der forhandlede denne kollektive overenskomst, eller som følge af den omstændighed, at den nævnte overenskomst finder generel anvendelse, dvs. at overenskomsten af staten er blevet udvidet til at skulle finde anvendelse i forhold til samtlige arbejdsgivere, og dermed samtlige arbejdstagere inden for denne branche. Henvisningsbestemmelsen udfylder herigennem den lakune, der følger af, at arbejdsgiveren ikke er bundet af den normative virkning af en kollektiv overenskomst.

88. Henvisningsbestemmelsen giver således arbejdsgivere, som er medlemmer af en arbejdsgiverorganisation, der har forhandlet og indgået en kollektiv brancheoverenskomst, mulighed for ligeledes at anvende denne i forhold til arbejdstagere, der ikke er fagligt organiserede.

27 — Dommen i sagen Österreichischer Gewerkschaftsbund, præmis 23.

28 — Dommen i sagen Österreichischer Gewerkschaftsbund, præmis 24.

29 — Dommen i sagen Österreichischer Gewerkschaftsbund, præmis 25. Min fremhævelse.

30 — Dommen i sagen Österreichischer Gewerkschaftsbund, præmis 26.

89. Denne bestemmelse giver ligeledes arbejdsgivere, som ikke er medlem af en arbejdsgiverorganisation, der har forhandlet og indgået en kollektiv overenskomst, som det er tilfældet i den foreliggende sag, mulighed for frivilligt at anvende denne i forhold til (såvel fagligt organiserede, som ikke-organiserede) arbejdstagere.

90. Det er min opfattelse, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23, sammenholdt med direktivets artikel 3, stk. 3, har til formål at regulere begge disse situationer. Jeg anser det således for irrelevant, at overdrageren ikke var medlem af den arbejdsgiverorganisation, der havde forhandlet og indgået den omhandlede kollektive overenskomst.

91. Det fremgår ganske vist af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23, at der skal opretholdes samme arbejdsvilkår »som ifølge en kollektiv overenskomst gjaldt for overdrageren«. Denne bestemmelse sikrer således uanset overførslen af bedriften, at de arbejdsvilkår, der er fastsat ved overenskomsterne, opretholdes »i overensstemmelse med viljen hos de kontraherende parter til den kollektive overenskomst«³¹. I modsætning til, hvad den forelæggende ret og den norske regering har anført, er det imidlertid min opfattelse, at anvendelsen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23, således som den fortolkes af Domstolens, kræver, at overdrageren er medlem af den arbejdsgiverorganisation, der har forhandlet og indgået den omhandlede kollektive overenskomst. Det afgørende er, at overdrageren reelt er bundet af den kollektive overenskomst, som Domstolen bemærkede i præmis 25 i dommen i sagen *Österreichischer Gewerkschaftsbund*. Den omhandlede kollektive overenskomst kan følgelig direkte eller indirekte gøres gældende over for overdrageren. I begge tilfælde har overdrageren på en eller anden måde tilkendegivet sin vilje til at være bundet af denne kollektive overenskomst.

92. Såfremt anvendelsen af artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 afhænger af overdragerens holdning for så vidt angår den omhandlede kollektive overenskomst, ville dette endvidere efter min opfattelse føre til, at arbejdstagere behandles forskelligt i tilfælde af virksomhedsoverførsel, afhængig af om overdrageren var medlem af den arbejdsgiverorganisation, der forhandlede og indgik denne kollektive overenskomst, eller ej.

93. Det bemærkes endvidere, at de betragtninger, som Domstolen anlagde i *Werhof*-dommen vedrørende fortolkningen af artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187, sammenholdt med bestemmelsens stk. 2, er formuleret generelt og synes ikke at være begrænset til at angå den situation, hvor overdrageren er medlem af den arbejdsgiverorganisation, der forhandlede og indgik den omhandlede kollektive overenskomst.

94. Henset til det anførte er det følgelig min opfattelse, at kollektive overenskomster, der ikke var gældende på det tidspunkt, hvor overførslen fandt sted, men som er blevet forhandlet og indgået efter overførslen, i en situation som den i hovedsagen omhandlede, og hvor artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 fortolkes under hensyn til stk. 3, ikke kan binde erhververen ubegrænset.

95. Som Domstolen præciserede i *Werhof*-dommens præmis 29, »indskrænker [direktivets formål] sig til at varetage de af arbejdstagernes rettigheder og forpligtelser, som var gældende på tidspunktet for overførslen«³², og ikke yderligere. Direktiv 2001/23 garanterer således ikke, at arbejdstageren vil nyde samme arbejdsvilkår hos erhververen som dem, han ville have haft i kraft af den dynamiske henvisningsbestemmelse, såfremt han fortsat havde været ansat hos overdrageren.

31 — Jf. dom af 27.11.2008, *Juuri* (C-396/07, EU:C:2008:656, præmis 33).

32 — Min fremhævelse.

96. Med sin bemærkning om, at »direktivet ikke [har] haft til hensigt at beskytte blotte forventninger og dermed de hypotetiske fordele, der følger af de kollektive overenskomsters fremtidige udviklinger«³³, tilkendegav Domstolen klart, at den var opmærksom på den uvisse og uforudsigelige karakter af arbejdsvilkår, der følger af en fremtidig udvikling af kollektive overenskomster, og på de negative virkninger, som de kan have for erhververen.

97. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer understregede således i sit forslag til afgørelse i Werhof-sagen³⁴, at »hvis fremtidige kollektive overenskomster var bindende på ubestemt tid for en arbejdsgiver, som ikke deltager i forhandlingerne [...] kunne [det] endda forekomme, at en arbejdsgiver, som ikke har undertegnet en overenskomst, bliver pålagt flere forpligtelser end en, der har undertegnet den, hvilket ville stille ham i en usikker situation, hvor han kunne blive bundet af eventuelle bestemmelser, der er blevet udformet bag hans ryg«.

98. Domstolen synes således at anerkende, at erhververens interesser, på et vist stadium, kræver, at der drages visse grænser for den beskyttelse, der indrømmes arbejdstagerne i tilfælde af en virksomhedsoverførsel. Domstolen henviste i denne henseende udtrykkeligt til de begrænsninger, der findes i artikel 3, stk. 2, i direktiv 77/187, der som tidligere anført svarer til artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23.

99. I Werhof-dommens præmis 28 fremstilles denne bestemmelse således, at den indeholder »begrænsninger af princippet om anvendeligheden af den kollektive overenskomst, hvortil arbejdskontrakten henviser«. En af disse begrænsninger er, som det fremgår af dommens præmis 29, at »de arbejdsvilkår, der er omfattet af denne kollektive overenskomst, kun [opretholdes,] indtil denne opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning«.

100. Det ville være uforeneligt med artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23, såfremt virkningen af direktivets artikel 3, stk. 1, er, at kollektive overenskomster, der vedtages efter overførslen, og hvortil en bestemmelse i arbejdskontrakten henviser, gøres bindende for erhververen, idet dette ville være ensbetydende med, at den udtrykkelige begrænsning, der er fastsat i direktivets artikel 3, stk. 3, ville blive overskredet.

101. I en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor hverken overdrageren eller erhververen er part i en kollektiv overenskomst, kan en henvisningsbestemmelse til denne overenskomst følgelig kun gøres gældende over for erhververen inden for de grænser, der er fastsat i artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23.

102. Efter min opfattelse er der ingen grund til at vælge en anden løsning ved overførsel af en bedrift inden for én og samme koncern. Domstolen har nemlig allerede fastslået, at direktiv 77/187 kan finde anvendelse på en overførsel mellem to datterselskaber i samme koncern³⁵. I den foreliggende sag blev henvisningsbestemmelsen inkluderet i arbejdskontrakterne af KLS FM på et tidspunkt, hvor dette selskab endnu ikke var en del af Asklepios-koncernen. I betragtning af den nævnte retspraksis kan den omstændighed, at bestemmelsens dynamiske karakter blev anfægtet, efter at KLS FM var blevet optaget i denne koncern, nærmere bestemt i anledning af overførslen til Asklepios af den del af bedriften, hvor sagsøgerne er ansat, ikke udelukke anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 2001/23.

103. Den norske regering har endelig fremhævet forskellen mellem baggrunden for den sag, der gav anledning til Werhof-dommen, og den foreliggende sag.

33 — Werhof-dommens præmis 29.

34 — C-499/04, EU:C:2005:686, punkt 52.

35 — Jf. dom af 6.3.2014, Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

104. Den sag, der gav anledning til Werhof-dommen, angik en henvisningsbestemmelse, der var udformet som en statisk bestemmelse, og et krav fra arbejdstagerne om, at bestemmelsen skulle fortolkes dynamisk. Domstolen beskrev nøje, hvorfor artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187, sammenholdt med artikel 3, stk. 2, skulle fortolkes således, at denne form for henvisningsbestemmelser har statisk karakter, hvorefter den konkluderede, at direktiv 77/187 ikke tillagde denne form for klausuler dynamisk karakter. Domstolen opregnede med andre ord begrundelserne for, at erhververen ikke kunne være forpligtet til at anvende de lønforhøjelser, der fulgte af kollektive overenskomster, der var blevet indgået efter overførslen.

105. Den i hovedsagen omhandlede situation er den modsatte. Henvisningsbestemmelsen er nemlig affattet dynamisk. I forbindelse med et krav fra arbejdstagerne om, at de ændringer af den kollektive overenskomst, som bestemmelsen vedrører, som er sket efter overførslen af bedriften, kan gøres gældende over for erhververen, har den forelæggende ret anmodet Domstolen om at fastslå, hvorvidt direktiv 2001/23 er til hinder for den omhandlede bestemmelses dynamiske karakter.

106. Denne forskellige baggrund for de to sager formår imidlertid ikke at skjule, at der i begge tilfælde er tale om samme juridiske problem, nemlig hvorvidt en henvisningsbestemmelser dynamiske karakter er forenelig med bestemmelser i den afledte EU-ret vedrørende virksomhedsoverførsel.

107. Til trods for de forskelle, der er i baggrunden for de to sager, er forholdet således ikke desto mindre det, at de begrundelser, som Domstolen anførte i Werhof-dommen, som forklaring på, hvorfor en statisk bestemmelse, henset til artikel 3, stk. 1, i direktiv 77/187, sammenholdt med direktivets artikel 3, stk. 2, ikke skal fortolkes som en dynamisk bestemmelse, svarer til dem, der efter min opfattelse bør foranledige Domstolen til at fastslå, at artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23, sammenholdt med direktivets artikel 3, stk. 3, er til hinder for, at en bestemmelse, der henviser til en kollektiv overenskomst, anerkendes at have dynamisk karakter i tilfælde af overførsel af bedriften.

3. Medlemsstaternes mulighed for at vedtage bestemmelser, der er mere gunstige for arbejdstagerne: artikel 8 i direktiv 2001/23

108. Det bemærkes, at det som tidligere nævnt fremgår af artikel 8 i direktiv 2001/23, at »dette direktiv ikke berører 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«.

109. Som Domstolen bemærkede i dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., kan den fortolkning, hvorefter bestemmelser, der henviser til en kollektiv overenskomst, er dynamiske, vise sig at være mere gunstig for arbejdstagerne, såfremt det antages, at fremtidige udviklinger af den kollektive overenskomst indeholder forbedringer af arbejdstagerernes rettigheder.

110. Under de omstændigheder, der foreligger i tvisten i hovedsagen, anser jeg det imidlertid ikke for muligt – under påskud af en løsning, der er mere gunstig for arbejdstagerne i henhold til artikel 8 i direktiv 2001/23 – at de nationale retter ved at anlægge en fortolkning, hvorefter henvisningsbestemmelser har dynamisk karakter, kan omgå reglerne i artikel 3, stk. 1 og 3, i direktiv 2001/23, der blev gennemført ved BGB's § 613a.

111. Forbundsrepublikken Tyskland har ved gennemførelsen af direktiv 2001/23 klart valgt, at de arbejdsvilkår, der er fastsat ved kollektive overenskomster, midlertidigt skal opretholdes, idet man valgte at begrænse det tidsrum, i hvilket disse arbejdsvilkår opretholdes, til ét år. Under disse omstændigheder synes artikel 8 i dette direktiv ikke at give de nationale retter mulighed for at vælge en løsning, der er i strid med den tyske lovgivers valg.

112. Det bemærkes i øvrigt, således som det fremgår af dommen i sagen Alemo-Herron m.fl., at medlemsstaternes gennemførelse af artikel 8 i direktiv 2001/23 skal respektere de grundlæggende rettigheder, som chartret beskytter.

113. Jeg anser det imidlertid ikke for nødvendigt at behandle den problemstilling, som nærværende sag rejser, under hensyn til de grundlæggende rettigheder, som chartret beskytter, for så vidt som dette problem kan løses alene ved anvendelse af artikel 3, stk. 1 og 3, i direktiv 2001/23. Det præciseres i denne forbindelse, at det ved at undlade at belaste erhververen med ubegrænsede og uvisse forpligtelser, der følger af fremtidige kollektive overenskomster, som han er uden indflydelse på, hvilket er den løsning, jeg foretrækker, er muligt at varetage hensynet til at sikre erhververen den frihed til at oprette og drive egen virksomhed, som Domstolen nævnte i dommen i sagen Alemo-Herron m.fl.

114. For så vidt som det er min opfattelse, at reglen, hvorefter de arbejdsvilkår, der er fastsat ved en kollektiv overenskomst, i tilfælde af en overførsel kun skal opretholdes midlertidigt af erhververen, også i den situation, hvor en arbejdskontrakt henviser til denne kollektive overenskomst, er en følge af artikel 3, stk. 1 og 3, i direktiv 2001/23, således som denne er blevet gennemført ved BGB's § 613a, finder jeg ikke, at det er nødvendigt at behandle spørgsmålet om, hvorvidt erhververen i henhold til tysk kontraktret har mulighed for, ensidigt eller ved aftale, at ændre henvisningsbestemmelsen i arbejdskontrakten, hvilket Asklepios bestrider.

IV – Forslag til afgørelse

115. Henset til de anførte betragtninger foreslår jeg Domstolen at svare Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager, Tyskland) således:

»I en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor den arbejdskontrakt, der er indgået mellem overdrageren og arbejdstagerne, indeholder en henvisningsbestemmelse til arbejdsvilkår, som er blevet fastsat ved en kollektiv overenskomst, og hvor hverken overdrageren eller erhververen kan deltage i forhandlingerne vedrørende denne kollektive overenskomst, skal artikel 3, stk. 1, i Rådets direktiv 2001/23/EF 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, sammenholdt med direktivets artikel 3, stk. 3, fortolkes således, at den er til hinder for, at en sådan bestemmelse efter en overførsel af bedriften har dynamisk karakter, dvs. at den fortolkes således, at den ligeledes henviser til fremtidige ændringer af den nævnte kollektive overenskomst. Forholdet mellem stk. 1 og 3 i artikel 3 i direktiv 2001/23 kræver derimod, at den henvisning, der er indeholdt i en bestemmelse i en arbejdskontrakt, er omfattet af de tidsmæssige begrænsninger, der fremgår af direktivets artikel 3, stk. 3, som finder anvendelse på arbejdsvilkår, der er fastsat ved en kollektiv overenskomst.«