



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
MACIEJ SZPUNAR  
föredraget den 23 januari 2019<sup>1</sup>

**Mål C-509/17**

**Christa Plessers  
mot  
PREFACO NV,  
Belgische Staat**

(begäran om förhandsavgörande från Arbeidshof te Antwerpen (Arbetsdomstolen i Antwerpen, Belgien))

”Begäran om förhandsavgörande – Direktiv 2001/23/EG – Artiklarna 3–5 – Överlåtelse av företag – Skydd för arbetstagares rättigheter – Undantag – Insolvensförfarande – Företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet – Helt eller delvis bevara företaget – Nationell lagstiftning som ger förvärvaren rätt att efter överlåtelsen välja vilka arbetstagare som ska tas över”

## I. Inledning

1. I aktuellt mål har Arbeidshof te Antwerpen (Arbetsdomstolen i Antwerpen, Belgien) hänskjutit en tolkningsfråga till domstolen avseende tolkningen av artiklarna 3–5 i direktiv 2001/23/EG<sup>2</sup>.
2. Tolkningsfrågan har ställts med anledning av en tvist mellan Christa Plessers och företaget Prefaco NV, med säte i Belgien, gällande lagligheten av uppsägningen av henne.
3. Prövningen av tolkningsfrågan ger domstolen anledning att för andra gången uttala sig om huruvida undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/23 är tillämpligt på ett nationellt förfarande för företagsrekonstruktion. Domstolen har närmare bestämt att, mot bakgrund av nämnd bestämmelse, pröva överlåtelsen av ett företag inom ramen för ett ”förfarande för företagsrekonstruktion under tillsyn av rättslig myndighet”. För det fall domstolen anser att förfarandet inte omfattas av det undantag som anges i artikel 5.1 i direktiv 2001/23, kommer domstolen att, ur det skyddsperspektiv till förmån för arbetstagare som föreskrivs i artiklarna 3 och 4 i direktivet, uttala sig om förvärvarens rätt att välja vilka arbetstagare som ska tas över i samband med överlåtelsen, vilket erkänns denne enligt nationell rätt.

<sup>1</sup> Originalspråk: franska.

<sup>2</sup> Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter (EGT L 82, 2001, s. 16).

## II. Tillämpliga bestämmelser

### A. Unionsrätt

4. Artikel 3 i direktiv 2001/23 föreskriver följande:

”1. Överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen skall till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren.”

5. Artikel 4.1 i direktivet föreskriver följande:

”1. En överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet skall inte i sig utgöra skäl för uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida. Denna bestämmelse skall dock inte hindra uppsägningar som görs av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, och som innefattar förändringar i arbetsstyrkan.

Medlemsstaterna får föreskriva att första stycket inte skall tillämpas på särskilda kategorier av arbetstagare som inte omfattas av medlemsstaternas lagar eller praxis i fråga om skydd mot uppsägning.”

6. Artikel 5.1 i direktivet anger följande:

”1. Om inte medlemsstaterna föreskriver något annat skall artiklarna 3 och 4 inte tillämpas på överlåtelse av företag, verksamhet eller del av företag eller verksamhet om överlåtaren är föremål för konkursförfarande eller något motsvarande insolvensförfarande, som inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar och som står under tillsyn av en behörig offentlig myndighet (som kan vara en konkursförvaltare som utsetts av en behörig offentlig myndighet).”

### B. Belgisk rätt

7. Artikel 22 i wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen (lag om att fortsätta företags verksamhet)<sup>3</sup>, av den 31 januari 2009 (nedan kallad WCO) anger:

”Så länge som domstolen inte har meddelat beslut gällande ansökan om företagsrekonstruktion, oavsett om talan har väckts eller verkställighet påbörjats innan eller efter det att ansökan lämnades in:

- kan gäldenären inte försättas i konkurs och för det fall det rör sig om ett företag kan detta inte upplösas genom ett domstolsbeslut;
- kan inte någon av gäldenärens lösa eller fasta tillgångar avyttras som följd av en utfärdad exekutionstitel.”

8. Artikel 60 WCO föreskriver följande:

”I domstolsavgörandet med beslut om överlåtelsen ska domstolen utse en förvaltare med uppdrag att organisera och genomföra överlåtelsen i gäldenärens namn och för dennes räkning. I avgörandet ska domstolen ange föremålet för överlåtelsen eller lämna det till förvaltaren att bedöma. ...”

<sup>3</sup> Belgisch Staatsblad av den 9 februari 2009, s. 8436.

9. Artikel 61.4 WCO har följande lydelse:

”Valet av vilka arbetstagare som ska tas över ligger hos förvärvaren. Detta val ska grunda sig på tekniska, ekonomiska och organisatoriska skäl och ske utan förbjuden särbehandling, särskilt i förhållande till verksamhet som arbetstagarrepresentant i företaget eller i den del av företaget som överläts.

Frånvaro av förbjuden särbehandling ska i detta avseende anses fastställd om andelen arbetstagare och deras representanter som var verksamma i företaget, eller i den del av företaget som överläts, och som förvärvaren valt att ta över, beaktas i förhållande till det totala antalet arbetstagare som tas över.”

### III. De faktiska omständigheterna, tolkningsfrågan och förfarandet vid domstolen

10. Christa Plessers var sedan den 17 augusti 1992 anställd som redovisningschef av företaget Echo NV (nedan kallat Echo) i Houthalen-Helchteren (Belgien).

11. På Echos begäran beslutade Rechtbank van koophandel te Hasselt (Handelsdomstolen i Hasselt, Belgien) den 23 april 2012 att inleda ett förfarande för företagsrekonstruktion i syfte att ingå ett överlåtelseavtal i enlighet med WCO. Echo beviljades uppskov till och med den 23 oktober 2012. Uppskovet blev därefter förlängt till och med den 22 april 2013.

12. Före utgången av ovan nämnda frist, den 19 februari 2013, tog Rechtbank van koophandel te Hasselt (Handelsdomstolen i Hasselt) emot Echos ansökan om ändring från en överlåtelse genom avtal till en överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet.

13. Den 22 april 2013 lämnade Rechtbank van koophandel te Hasselt (Handelsdomstolen i Hasselt) förvaltarna sitt tillstånd för att till Prefaco, som var en av Echos två presumtiva förvärvare, överlåta lösa och fasta tillgångar. Prefaco hade i sitt förslag erbjudit sig att ta över 164 arbetstagare, det vill säga ungefär två tredjedelar av Echos samtliga anställda. Överlåtelseavtalet undertecknades den 22 april 2013. I bilaga 9 till överlåtelseavtalet fanns det en lista med arbetstagare som skulle tas över. Christa Plessers namn återfanns inte på denna lista.

14. Nämnda överlåtelseavtal anger som tidpunkt för överlåtelsen ”två arbetsdagar efter den dag avgörandet om tillstånd meddelas” av Rechtbank van koophandel te Hasselt (Handelsdomstolen i Hasselt).

15. Den 23 april 2013 kontaktade Prefaco per telefon de arbetstagare som berördes av överlåtelsen och bad dem att inställa sig dagen efter för att utföra sitt arbete. Den 24 april 2013 bekräftade Prefaco skriftligen överlåtelsen. På motsvarande sätt blev arbetstagare som inte hade tagits över informerade, per telefon och genom brev av den 24 april 2013, av förvaltarna om att de inte hade tagits över av Prefaco. Brevet hade följande innehåll:

”Detta brev utgör en offentlig delgivning enligt artikel 64.2 WCO. [Echos] verksamhet upphör därmed från och med den 22 april 2013. Eftersom ni inte har tagits över av ovan nämnda förvärvare är detta brev att betrakta som er arbetsgivares [Echo] uppsägning av ert anställningsavtal. I egenskap av möjlig borgenär [i förhållande till Echo] uppmanas ni att framställa en fordran till undertecknade förvaltare ...”

16. Förvaltarna bifogade även ett formulär till Christa Plessers, vilket angav den 23 april 2013 som dag för anställningsavtalets upphörande.

17. Christa Plessers har hävdade att Prefaco hade inlett driften av verksamheten i Houthalen-Helchteren redan den 22 april 2013, vilket var den dag då Rechtbank van koophandel te Hasselt (Handelsdomstolen i Hasselt) meddelade sitt avgörande. Prefaco har bestridit detta.

18. I ett brev av den 7 maj 2013 framställde Christa Plessers kravet att Prefaco skulle erbjuda henne anställning.

19. Prefaco svarade i en skrivelse av den 16 maj 2013 och hänvisade till att förvärvaren, med tillämpning av artikel 61.4 WCO, har rätt att välja de arbetstagare som denne önskar eller inte önskar ta över, under förutsättning att förvärvarens val grundar sig på tekniska, ekonomiska eller organisatoriska skäl och att det inte föreligger någon förbjuden särbehandling. Prefaco hänvisade även särskilt till att det inte fanns någon skyldighet för bolaget att återanställa Christa Plessers efter uppsägning av anställningsavtalet som ingåtts med Echo.

20. I avsaknad av överenskommelse väckte Christa Plessers den 11 april 2014 talan vid Arbeidsrechtbank te Antwerpen (Arbetsdomstolen i Antwerpen, Belgien).

21. Christa Plessers ansökte även den 24 juli 2015 om att den belgiska staten skulle åläggas att inträda som intervenient i målet.

22. I sitt avgörande av den 23 maj 2016 avslag Arbeidsrechtbank te Antwerpen (Arbetsdomstolen i Antwerpen) Christa Plessers samtliga yrkanden och ålade henne att ersätta alla rättegångskostnader. Christa Plessers överklagade avgörandet till Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt (Arbetsdomstolen i Antwerpen, avdelningen i Hasselt, Belgien).

23. Mot denna bakgrund fattade Arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt (Arbetsdomstolen i Antwerpen, avdelningen i Hasselt) den 14 augusti 2017 beslut om att vilandeförklara målet, vilket inkom till domstolens kansli den 21 augusti 2017, och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Är den rätt att välja som tillkommer förvärvaren enligt artikel 61.4 [WCO] förenlig med direktiv [2001/23], i synnerhet artiklarna 3 och 5 i direktivet, såvitt denna ’företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet’ genomförs i syfte att bevara hela eller delar av överlåtaren eller dess verksamhet?”

24. Parterna i det nationella målet, den belgiska regeringen och Europeiska kommissionen har lämnat skriftliga yttranden. Vid förhandlingen den 3 oktober 2018 inställde sig samtliga parter utom Prefaco för att muntligen framföra sina påståenden.

## **IV. Bedömning**

### ***A. Tolkningsfrågans innehåll***

25. Prefaco har i sin skriftliga inlägga gjort gällande att Christa Plessers inte kan åberopa direktiv 2001/23 för att förhindra tillämpningen av en tydlig nationell bestämmelse och att tolkningsfrågan som ställts därför saknar relevans för att avgöra det nationella målet.

26. Det är förvisso riktigt att ett direktiv enligt fast rättspraxis inte i sig kan medföra skyldigheter för en enskild och kan således inte som sådant åberopas gentemot denne. Det ska dock i detta avseende erinras om att domstolen icke desto mindre vid upprepade tillfällen har ansett att medlemsstaternas skyldighet att uppnå resultatet som avses i ett direktiv, samt skyldigheten att vidta alla lämpliga allmänna och särskilda åtgärder för att säkerställa att denna skyldighet fullgörs, åligger alla myndigheter i medlemsstaterna, och även domstolarna inom ramen för deras behörighet. Härav följer

att de nationella domstolarna vid tillämpningen av nationell rätt som de är ålagda att tolka, är skyldiga att beakta samtliga nationella bestämmelser och att tillämpa de tolkningsmetoder som medges enligt nationell rätt för att, i den utsträckning det är möjligt, tolka nationell rätt mot bakgrund av det aktuella direktivets lydelse och syfte så att det resultat som fastställs i direktivet uppnås.<sup>4</sup>

27. Jag anser således att, med hänsyn till den skyldighet som åligger de nationella domstolarna, är tolkningsfrågan som ställts av den hänskjutande domstolen relevant för att avgöra det nationella målet.

28. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tolkningsfråga till domstolen för att få klarhet i huruvida artikel 61.4 WCO är förenlig med artiklarna 3 och 5 i direktiv 2001/23. Såsom den hänskjutande domstolens fråga är formulerad har den ställts för att domstolen ska uttala sig om huruvida en bestämmelse i nationell rätt är förenlig med unionsrätten.

29. Jag erinrar i detta avseende om att, enligt fast rättspraxis, det samarbetsystem som fastställs i artikel 267 FEUF grundar sig på en tydlig funktionsfördelning mellan de nationella domstolarna och domstolen. I ett förfarande enligt nämnd artikel ankommer det på medlemsstaternas domstolar och inte på domstolen att tolka de nationella bestämmelserna. Det ankommer inte heller på domstolen att uttala sig om de nationella bestämmelsernas förenlighet med unionsrättens bestämmelser. Däremot är domstolen behörig att tillhandahålla alla sådana uppgifter om unionsrättens tolkning som gör det möjligt för den nationella domstolen att pröva den nationella rättens förenlighet med unionslagstiftningen. Även om det är riktigt att, vilket jag nyss påpekade, domstolen enligt ordalydelsen av den tolkningsfråga som ställts uppmanas att uttala sig om huruvida en nationell bestämmelse är förenlig med unionsrätten, hindrar det inte domstolen från att lämna ett användbart svar till den hänskjutande domstolen genom att lämna sådana uppgifter om tolkningen av unionsrätten som gör det möjligt för den nationella domstolen att själv avgöra om den nationella rätten är förenlig med unionsrätten.<sup>5</sup>

30. Jag erinrar även om att det inom ramen för det samarbetsystem som införts mellan nationella domstolar och domstolen ankommer på den sistnämnda att tolka alla bestämmelser i unionsrätten som de nationella domstolarna behöver tillämpa för att avgöra de mål som de har att pröva, även om dessa bestämmelser inte anges uttryckligen i de frågor som dessa domstolar har ställt.<sup>6</sup>

31. Även om den hänskjutande domstolen formellt sett endast har ställt sin fråga avseende tolkningen av artiklarna 3 och 5 i direktiv 2001/23 utgör denna omständighet följaktligen inte hinder för domstolen att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla uppgifter om unionsrättens tolkning som kan vara användbara för att avgöra det mål som är anhängigt vid den, oavsett om den nationella domstolen har hänvisat till dessa i sin fråga.<sup>7</sup>

32. Mot bakgrund av denna rättspraxis och med hänsyn till uppgifterna i beslutet om hänskjutande anser jag det nödvändigt att domstolen omformulerar tolkningsfrågan som ställts. Jag föreslår därför att den hänskjutande domstolens fråga ska förstås så, att den vill få klarhet i huruvida direktiv 2001/23, och särskilt artiklarna 3 och 4 däri, ska tolkas så att det utgör hinder för nationella bestämmelser såsom dem i det nationella målet, vilka föreskriver att, för det fall en överlåtelse av ett företag sker inom ramen för ett förfarande för företagsrekonstruktion under tillsyn av en rättslig myndighet i syfte att bevara hela eller delar av överlåtaren eller dess verksamhet, det ankommer på förvärvaren att välja vilka arbetstagare som denne önskar ta över.

4 Se dom av den 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punkterna 30 och 31 och där angiven rättspraxis).

5 Se, bland annat, dom av den 15 oktober 2015, Iglesias Gutiérrez och Rion Bea (C-352/14 och C-353/14, EU:C:2015:691, punkterna 21 och 22 och där angiven rättspraxis).

6 Se dom av den 21 juni 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, punkt 28), och dom av den 28 juni 2018, Crespo Rey (C-2/17, EU:C:2018:511, punkt 40).

7 Se, bland annat, dom av den 16 juli 2015, Abcur (C-544/13 och C-545/13, EU:C:2015:481, punkt 33), och dom av den 10 maj 2017, Chavez-Vilchez m.fl. (C-133/15, EU:C:2017:354, punkt 48).

33. För att besvara denna tolkningsfråga anser jag det väsentligt att först pröva huruvida artikel 5.1 i direktiv 2001/23 är tillämplig på företagsöverlåtelser som sker inom ramen för ett förfarande för företagsrekonstruktion under tillsyn av rättslig myndighet och, följaktligen, huruvida det undantag som anges i artikeln är tillämpligt i förevarande fall. Det är nämligen enbart om förfarandet inte uppfyller villkoren i nämnd artikel som skyddet för arbetstagarnas rättigheter, som föreskrivs särskilt i artiklarna 3 och 4 i direktivet, är tillämpligt vid företagsöverlåtelser.

34. De parter som inkommit med yttranden till domstolen har intagit motsatta ståndpunkter om hur tolkningsfrågan ska besvaras.

35. Christa Plessers och kommissionen har hävdats att överlåtelserna som det nationella målet gäller inte uppfyller de villkor som anges i artikel 5.1 i direktiv 2001/23. De anser att det följer av domstolens praxis, i synnerhet av domen *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl.*<sup>8</sup>, att förfarandet för företagsrekonstruktion som det nationella målet gäller inte har haft för avsikt att ersätta borgenärerna genom att likvidera tillgångarna, utan att fortsätta det berörda företags verksamhet. De anser därför att detta förfarande inte omfattas av en tillämpning av artikel 5.1 i direktiv 2001/23.

36. Den belgiska regeringen och Prefaco har däremot gjort gällande att förfarandet för företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet ska anses utgöra ett likvidationsförfarande, och följaktligen att den i det nationella målet ifrågasatta överlåtelserna uppfyller villkoren i artikel 5.1 i direktiv 2001/23.

37. Under dessa omständigheter anser jag det nödvändigt att först framhålla några generella överväganden angående utvecklingen av förfaranden för företagsrekonstruktioner inom Europeiska unionen. Dessa överväganden framstår som lämpliga, inte enbart för att fastställa den rättsliga ramen i vilken direktiv 2001/23 ingår, utan också för att förstå det sammanhang i vilket aktuellt förfarande ingår. På grundval av dessa överväganden kommer jag därefter att ta upp frågan om tillämpligheten av artikel 5.1 i direktiv 2001/23, och skälen som motiverar att undantag görs från vad som föreskrivs i artikeln. Slutligen kommer jag att undersöka räckvidden av det skydd för arbetstagarnas rättigheter som fastställs i artiklarna 3 och 4 i direktivet.

## ***B. Utvecklingen av förfaranden för företagsrekonstruktion inom unionen***

38. I en situation av ekonomisk kris antog Europeiska unionens råd 1974 en resolution som föreskrev en rad åtgärder som kommissionen åtog sig att lägga fram för rådet under det nämnda året.<sup>9</sup> Bland åtgärderna fanns två förslag på direktiv om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning gällande, för det första, kollektiva uppsägningar<sup>10</sup> och för det andra, skyddet för rättigheter och förmåner vid ägandeförändringar i företag, i synnerhet vid fusion.<sup>11</sup> Direktiven genomfördes under 70-talet i syfte att skydda arbetstagarna med anledning av rekonstruktioner som följde av den ekonomiska krisen i början av 70-talet.<sup>12</sup> På 80-talet antogs ett tredje direktiv, 80/987/EEG<sup>13</sup>, om arbetsgivarens insolvens,

8 Dom av den 22 juni 2017 (C-126/16, EU:C:2017:489).

9 Rådets resolution av den 21 januari 1974 om ett socialt handlingsprogram (EGT C 13, 1974, s. 1).

10 Rådets direktiv 75/129/EEG av den 17 februari 1975 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar (EGT L 48, 1975, s. 29).

11 Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (EGT L 61, 1977, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 91). Detta direktiv har upphävts genom direktiv 2001/23.

12 Se, bland annat, Blanpain, R., *European Labour Law*, Wolters Kluwer, 2010, s. 680.

13 Rådets direktiv av den 20 oktober 1980 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarna vid arbetsgivarens insolvens (EGT L 283, 1980, s. 23).

vilket kompletterade de så kallade rekonstruktionsdirektiven. Skälen till vart och ett av dessa direktiv angav att skillnaderna som rådde mellan medlemsstaterna avseende bestämmelser och förfaranden vid kollektiva uppsägningar, samt räckvidden på skyddet för arbetstagare vid arbetsgivares rekonstruktion eller insolvens, kunde ha en direkt inverkan på den gemensamma marknadens funktion.

39. Under 90-talet och i början av 2000-talet ändrades dessa direktiv.<sup>14</sup> Ändringarna som genomfördes beaktade den gränsöverskridande dimensionen av rekonstruktioner genom att stärka mekanismerna för förutsägbarhet.<sup>15</sup> Direktiv 77/187 ändrades först genom direktiv 98/50/EG<sup>16</sup> och senare i en kodifierad version genom direktiv 2001/23.<sup>17</sup>

40. Syftet med dessa tre direktiv var dels att underlätta företagsrekonstruktioner för att göra dem mer konkurrenskraftiga och effektiva, dels lyfta de negativa konsekvenserna av beslut om rekonstruktion och minska effekten av dem.<sup>18</sup> Direktiven bidrog på så sätt till att dämpa lågkonjunktorens inverkan och att mildra de negativa sociala konsekvenserna av rekonstruktionsförfaranden som skedde under krisen.<sup>19</sup> Enligt samma synsätt<sup>20</sup> har kommissionen nyligen lagt fram ett förslag till direktiv om ramar för förebyggande omstrukturering för att stärka en kultur av räddningsinsatser för företag.<sup>21</sup>

41. Denna genomgång av utvecklingen av förfaranden för företagsrekonstruktioner, både på nationell nivå och på unionsnivå, gör det möjligt att fullt ut förstå det sammanhang i vilket direktiv 2001/23 ingår med syftet att bedöma den tolkningsfråga som den hänskjutande domstolen ställt.

14 Direktiv 75/129 ändrades genom rådets direktiv 92/56/EEG av den 24 juni 1992 (EGT L 245, 1992, s. 3), kodifierat genom rådets direktiv 98/59/EG av den 20 juli 1998 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar (EGT L 225, 1998, s. 16). Direktiv 80/987 ändrades flera gånger i väsentliga avseenden under 80-talet och 2000-talet (se bilaga I, delarna A och B i direktivet). För att skapa klarhet och överskådlighet kodifierades detta genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/94/EG av den 22 oktober 2008 om skydd för arbetstagare vid arbetsgivarens insolvens (EUT L 283, 2008, s. 36).

15 Se rådets förslag till direktiv av den 8 september 1994 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter, KOM(94) 300 slutlig, s. 3. Se även Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, LDGD, 2014, s. 422, och Barnard, C., *EU Employment Law*, 4<sup>e</sup> upplagan., Oxford University Press, 2012, s. 577.

16 Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187 (EGT L 201, 1998, s. 88).

17 Några år senare publicerade kommissionen grönboken av den 17 januari 2012 "Omstruktureringar och planering för förändringar: Vilka lärdomar kan vi dra av de senaste årens erfarenheter?", (COM(2012) 7 final) (nedan kallad grönboken). Det framgår av detta dokument att dess syfte särskilt var att "bidra till att förstärka synergieffekterna mellan alla berörda aktörer för att möta de utmaningar som omstrukturering och anpassning till förändringar innebär" (s. 2).

18 Se Barnard, C., a.a., s. 577: "In this respect the Directives were intended both to encourage a greater degree of industrial democracy and to provide an element of social protection."

19 Se meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén "EU:s kvalitetskriterier för planering för förändringar och omstruktureringar", (COM(2013) 882 final, s. 5). Se även Barnard, C. a.a., s. 578.

20 Till följd av grönboken och Europaparlamentets resolution av den 15 januari 2013 i enlighet med artikel 225 FEUF, med rekommendationer om information till och samråd med anställda, planering och hantering av omstruktureringar (även kallat Cercas-betänkandet) lade kommissionen fram en ram för planering för förändringar och omstruktureringar i syfte att underlätta investeringar i arbetskraften och att tillåta omfördelning av arbetskraft till verksamhet med hög tillväxtpotential och arbetstillfällen av hög kvalitet i enlighet med Europa 2020-strategin, (COM(2013) 882 final, s. 3).

21 Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om ramar för förebyggande omstrukturering, en andra chans och åtgärder för att göra förfaranden för omstrukturering, insolvens och skuldavskrivning effektivare och om ändring av direktiv 2012/30/EU, (COM(2016) 723 final). Av skälen 1, 2 och 12 i förslaget framgår att dess syfte särskilt är att avlägsna hinder mot den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten som följer av skillnader i nationell lagstiftning och nationella förfaranden för förebyggande omstrukturering, insolvens och en andra chans. Mot denna bakgrund understryker förslaget att det kommande direktivet ska säkerställa att livskraftiga företag i ekonomiska svårigheter har tillgång till effektiva nationella ramar för förebyggande omstrukturering som ger dem möjlighet att fortsätta att driva sin verksamhet.

### C. Tillämpligheten av det undantag som föreskrivs i artikel 5.1 i direktiv 2001/23

#### 1. Utveckling av rättspraxis angående undantaget

42. Direktiv 77/187 föreskrev inte från början något undantag från dess tillämpning vid företagsöverlåtelse inom ramen för ett konkursförfarande eller ett motsvarande förfarande. Det var först genom direktiv 98/50 som ett sådant undantag infördes i texten till direktiv 77/187, nämligen i artikel 4a i direktiv 77/187, vilken numera återfinns i artikel 5.1 i direktiv 2001/23. Tredje skälet i direktiv 98/50 angav att syftet med direktivet var att ändra direktiv 77/187, särskilt ”mot bakgrund av EG-domstolens praxis” som jag därför kommer att kort redogöra för.<sup>22</sup>

43. Domstolen har utvecklat det undantag från de garantier som föreskrevs i direktiv 77/187 i domarna Abels<sup>23</sup>, d’Urso m.fl.<sup>24</sup>, Spano m.fl.<sup>25</sup> och Dethier Équipement<sup>26</sup>. Efter det att domstolen dels påpekat att syftet med direktivet var att förhindra att rekonstruktioner som missgynnar arbetstagare sker inom den gemensamma marknaden,<sup>27</sup> dels motiverat detta undantag med konkurslagstiftningens specifika karaktär, fastställde domstolen att direktiv 77/187 inte var tillämpligt ”vid överlåtelse av ett företag... då överlåtaren [hade] försatts i konkurs i syfte att, under den behöriga rättsliga myndighetens kontroll, likvidera överlåtarens tillgångar”,<sup>28</sup> dock utan att det påverkade medlemsstaternas rätt att självständigt tillämpa direktivets principer på en sådan överlåtelse.<sup>29</sup> Domstolen preciserade att direktiv 77/187 emellertid var tillämpligt på överlåtelser av företag som äger rum inom ramen för ett förfarande om betalningsansånd som genomförs ”före konkursen, vilket innefattar en mer begränsad domstolskontroll och i första hand genomförs för att skydda tillgångarna och, om möjligt, för att företagets verksamhet ska kunna drivas vidare”.<sup>30</sup>

44. Domstolen preciserade även att, med hänsyn till de nationella skillnaderna mellan rättsordningarna i medlemsstaterna, kriteriet för räckvidden av den kontroll som domstolen utövade inte i sig kunde avgränsa tillämpningsområdet för direktiv 77/187.<sup>31</sup> Domstolen slog följaktligen fast att det avgörande kriteriet att beakta för att pröva tillämpligheten av direktiv 77/187 vid en överlåtelse av företag inom ramen för ett administrativt eller rättsligt förfarande var *syftet med det ifrågavarande förfarandet*<sup>32</sup>. På grundval av detta ansåg domstolen att en överlåtelse som ägde rum inom ramen för ett förfarande som

22 Se förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C-126/16, EU:C:2017:241, punkterna 41–48).

23 Dom av den 7 februari 1985 (135/83, EU:C:1985:55). Svensk specialutgåva s. 47. Detta mål gällde en överlåtelse av ett företag inom ramen för ett konkursförfarande enligt nederländsk rätt. Se även dom av den 7 februari 1985, Wendelboe m.fl. (19/83, EU:C:1985:54, punkt 10), dom av den 7 februari 1985, Botzen m.fl. (186/83, EU:C:1985:58, punkt 9), samt dom av den 7 februari 1985, Industriebond FNV och Federatie Nederlandse Vakbeweging (179/83, EU:C:1985:57, punkt 7).

24 Dom av den 25 juli 1991 (C-362/89, EU:C:1991:326). Domstolen prövade i detta mål tillämpligheten av direktiv 77/187 när det gäller tvångsförvaltning av företag enligt italiensk lagstiftning.

25 Dom av den 7 december 1995 (C-472/93, EU:C:1995:421). I detta mål fastställde domstolen tillämpligheten av direktiv 77/187 vid överlåtelse av ett företag som hade förklarats krisdrabbat i enlighet med italiensk lagstiftning. Med tillämpning av samma lagstiftning, se dom av den 11 juni 2009, kommissionen/Italien (C-561/07, EU:C:2009:363).

26 Dom av den 12 mars 1998 (C-319/94, EU:C:1998:99). Detta mål gällde tillämpligheten av direktiv 77/187 vid en överlåtelse av företag inom ramen för ett belgiskt förfarande för tvångslikvidation av bolag.

27 Dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punkterna 14 och 18). Se även dom av den 25 juli 1991, d’Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, punkt 23).

28 Dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punkterna 16, 23 och 30). Se även dom av den 25 juli 1991, d’Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, punkt 23).

29 Dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punkt 30).

30 Dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punkterna 28 och 30), och se även förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C 126/16, EU:C:2017:241, punkt 44).

31 Se dom av den 25 juli 1991, d’Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, punkt 25).

32 Se dom av den 25 juli 1991, d’Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, punkt 26). Se även dom av den 7 december 1995, Spano m.fl. (C-472/93, EU:C:1995:421, punkt 24). Det är värt att påpeka att i det ovan nämnda målet d’Urso, var syftet med förfarandet att stabilisera företaget för att det skulle kunna drivas vidare i framtiden (punkt 32). I det nyssnämnda målet Spano var syftet att fortsätta företagets verksamhet utan större avbrott i produktionen för att på så vis främja att det senare skulle återuppta verksamheten (punkterna 27 och 28).



syftar till att gäldenärens *tillgångar likvideras* för att kollektivt ersätta borgenärerna inte omfattades av tillämpningsområdet för direktiv 77/187. Domstolen ansåg däremot att en överlåtelse som ägde rum inom ramen för ett förfarande vars ”främsta syfte [var]” att säkerställa *att företagets verksamhet fortsätter*, omfattades av direktivets tillämpningsområde.<sup>33</sup>

45. Domstolen har senare bekräftat kriteriet och preciserat att, förutsatt att aktuellt förfarande haft till syfte att främja bevarandet av företagets verksamhet så att företagets verksamhet skulle kunna drivas vidare och det, i motsats till konkursförfaranden inte innebar någon domstolskontroll eller administrativ åtgärd avseende företagets tillgångar, ej heller uppskov med betalningar, kan de åsyftade ekonomiska och sociala målen varken förklara eller motivera att ett företags ”anställda berövas de rättigheter direktiv [77/187] ger dem” vid en överlåtelse av hela eller delar av det berörda företaget.<sup>34</sup>

46. Utöver kriteriet avseende syftet med det aktuella förfarandet har domstolen lagt till det subsidiära kriteriet om att beakta ”förfarandets utformning”. Domstolen har således ansett att ”det ifrågavarande förfarandets utformning [skall] beaktas, särskilt i den mån det påverkar frågan om företagets fortsatta drift, samt direktivets syften”.<sup>35</sup>

47. Det är mot bakgrund av dessa rättsprinciper, vilka följer av domstolens rättspraxis och vilka kodifierats i artikel 5.1 i direktiv 2001/23, som undantaget i artikeln ska tolkas.

## 2. Tolkningen av artikel 5.1 i direktiv 2001/23

48. De i föregående punkter angivna rättsprinciperna prövades av domstolen för första gången efter kodifieringen av artikel 5.1 i direktiv 2001/23 i domen av den 22 juni 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl.*<sup>36</sup>. I det målet uttalade domstolen sig om tillämpligheten av direktiv 2001/23 vid en överlåtelse av ett företag efter ett konkursbeslut inom ramen för ett *prepack*-förfarande enligt nederländsk rätt, som hade förberetts före konkursbeslutet.<sup>37</sup>

49. Domstolen underströk i detta sammanhang att det framgår av skäl 3 i direktiv 2001/23 att syftet är att skydda arbetstagarna, särskilt att säkerställa att deras rättigheter skyddas vid byte av arbetsgivare. För att uppnå detta fastställer direktivet i artikel 3.1 första stycket att överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen ska, till följd av en sådan överlåtelse, övergå till förvärvaren. Artikel 4.1 i direktiv 2001/23 skyddar arbetstagarna mot uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida

33 Dom av den 25 juli 1991, *d’Urso m.fl.* (C-362/89, EU:C:1991:326, punkterna 31 och 32). Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Van Gerven i målet *d’Urso m.fl.* (C-362/89, EU:C:1991:228, punkt 25).

34 Dom av den 7 december 1995, *Spano m.fl.* (C-472/93, EU:C:1995:421, punkterna 24 och 30). Se även dom av den 25 juli 1991, *d’Urso m.fl.* (C-362/89, EU:C:1991:326, punkterna 31 och 32).

35 Dom av den 12 mars 1998, *Dethier Équipement* (C-319/94, EU:C:1998:99, punkterna 25–31). I målet konstaterade domstolen att det aktuella förfarandet visserligen syftade till att företagets tillgångar skulle likvideras, men att situationen för ett företag försatt i tvångslikvidation på flera sätt skiljer sig från den situation som ett företag i konkurs befinner sig i, bland annat i fråga om likvidatorns utnämning och funktion. Angående dessa skillnader, se punkt 9 i denna dom. Se även dom av den 12 november 1998, *Europièces* (C-399/96, EU:C:1998:532, punkterna 26, 31 och 32), då domstolen i ett förfarande om frivillig likvidation enligt belgisk rätt tillämpade kriterierna som använts i dom av den 12 mars 1998, *Dethier Équipement* (C-319/94, EU:C:1998:99).

36 C-126/16, EU:C:2017:489.

37 *Prepack*-förfarandet syftade till att i minsta detalj förbereda för att göra det möjligt att snabbt återuppta verksamheten i företagets bärkraftiga delar efter konkursbeslutet för att på så sätt undvika det avbrott som ett plötsligt stopp i verksamheten vid tidpunkten för konkursen skulle innebära, och därigenom bevara företagets värde och arbetstillfällena. Dom av den 22 juni 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl.* (C-126/16, EU:C:2017:489, punkt 49).

enbart på grund av överlåtelsen. Domstolen erinrade även om att artikel 5.1 i direktiv 2001/23 är ett undantag, eftersom artikeln föreskriver att det skydd som anges i artiklarna 3 och 4 i direktivet inte är tillämpligt på överlåtelser av företag som sker i enlighet med villkoren i artikel 5, såvitt medlemsstaterna inte föreskriver något annat.<sup>38</sup>

50. Domstolen undersökte även huruvida förfarandet i det förevarande målet uppfyllde villkoren i artikel 5.1 i direktiv 2001/23. Efter att ha konstaterat att *prepack*-förfarandet enligt nationell lagstiftning förberetts innan konkursbeslutet fattades, men genomförts först därefter, och att förfarandet således skulle kunna omfattas av begreppet ”konkursförfarande” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2001/23, ansåg emellertid domstolen att när huvudsyftet med förfarandet var att fortsätta det konkursdrabbade företagets verksamhet uppfyllde förfarandet inte villkoret om det skulle ha inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar. Domstolen framhöll att inte enbart den omständigheten att nämnda *prepack*-förfarande även kan syfta till att i så hög utsträckning som möjligt tillgodose borgenärernas fordringar, kan anses medföra att förfarandet inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2001/23. Domstolen uttalade även att den omständigheten att den tilltänkta konkursförvaltaren och den tilltänkta tillsynsdomaren inom ramen för detta förfarande inte stod under offentlig myndighets tillsyn inte uppfyllde villkoret om tillsyn av en behörig offentlig myndighet enligt artikel 5.1 i direktiv 2001/23.<sup>39</sup>

51. Med hänsyn till dessa omständigheter har domstolen ansett att ett sådant *prepack*-förfarande inte uppfyller samtliga villkor i artikeln och att det följaktligen inte är tillåtet att göra undantag från den skyddsordning som föreskrivs i artiklarna 3 och 4 i direktiv 2001/23.<sup>40</sup>

52. Domstolen har därigenom bekräftat de tolkningskriterier som klarlagts i tidigare rättspraxis,<sup>41</sup> samtidigt som de anpassats till de särskilda omständigheter som gällde för ifrågavarande *prepack*-förfarande enligt nederländsk rätt, i synnerhet vad gäller graden av offentlig tillsyn<sup>42</sup> och det eftersträvade syftet med förfarandet. Det sistnämnda kriteriet har av domstolen ansetts vara det huvudsakliga, och i detta förfarande beaktade domstolen inte det subsidiära kriteriet om förfarandets utformning.<sup>43</sup>

38 Se dom av den 22 juni 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl.* (C-126/16, EU:C:2017:489, punkterna 38–40). Vad avser aktuellt mål ska det påpekas att det inte framgår av beslutet om hänskjutande att ifrågavarande medlemsstat använt sig av möjligheten att, även under sådana omständigheter som motiverar att undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/23 tillämpas, tillämpa de skyddsbestämmelser för arbetstagarnas rättigheter som föreskrivs i artiklarna 3 och 4 i direktiv. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva detta. Följaktligen är bestämmelsen tillämplig i en situation som i det aktuella målet, dock under förutsättning att det förfarande som avses uppfyller de villkor som anges i denna bestämmelse (se punkterna 42 och 43), vilket jag i det följande kommer att bedöma. Se artiklarna 5.2 och 5.3 i direktivet. Vad gäller dessa bestämmelser, se beslut av den 28 januari 2015, *Gimnasio Deportivo San Andrés* (C-688/13, EU:C:2015:46, punkt 55).

39 Se dom av den 22 juni 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl.* (C-126/16, EU:C:2017:489, punkterna 46–57).

40 Se dom av den 22 juni 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl.* (C-126/16, EU:C:2017:489, punkt 58).

41 Se punkterna 42–47 i detta förslag till avgörande.

42 Domstolen påpekade att det framgick av handlingarna i målet som domstolen tagit del av att *prepack*-förfarandet inte genomfördes under tillsyn av domstol, utan av företagets ledning som ledde förhandlingarna och fattade de beslut som förberedde försäljningen av det konkursdrabbade företaget (punkt 54).

43 Avseende detta subsidiära kriterium, se dom av den 12 mars 1998, *Dethier Équipement* (C-319/94, EU:C:1998:99, punkterna 25–31). Se även punkt 46 ovan.

3. *Tillämpligheten av skyddsordningen för arbetstagare enligt artiklarna 3 och 4 i direktiv 2001/23 vid en företagsöverlåtelse som sker inom ramen för ett förfarande för rekonstruktion under tillsyn av rättslig myndighet*

53. Mot bakgrund av ovanstående överväganden ska jag nu pröva huruvida en företagsöverlåtelse som sker inom ramen för ett förfarande för företagsrekonstruktion under tillsyn av rättslig myndighet, såsom i det nationella målet, omfattas av undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/23 eller inte, och följaktligen huruvida skyddsordningen för arbetstagarna som anges i artiklarna 3 och 4 i direktivet är tillämplig eller inte i förevarande situation. Det är således lämpligt att kontrollera huruvida förfarandet i det nationella målet uppfyller de kumulativa villkoren i artikel 5.1 i direktiv 2001/23.<sup>44</sup>

54. Det ska påpekas att nyssnämnd artikel nödvändigtvis måste ges en strikt tolkning då den i princip leder till att skyddsordningen för arbetstagarna inte är tillämplig vid vissa företagsöverlåtelser och innebär således ett avsteg från det underliggande syftet med direktiv 2001/23.<sup>45</sup>

*a) Inledande anmärkningar*

55. Ingen av parterna i det nationella målet har gjort gällande att förfarandet för företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet kan anses utgöra ett konkursförfarande.<sup>46</sup> Prefaco har emellertid hävdats att förfarandet som föreskrivs i WCO skulle vara ett ”provisoriskt skydd mot konkurs” och att det skulle finnas mycket stora likheter mellan det provisoriska skyddet och förfarandet i det nationella målet.

56. Den belgiska regeringen har gjort gällande att ett förfarande för företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet är uttryckligen definierat som ett likvidationsförfarande i Belgien, enligt bilaga B till förordning (EG) nr 1346/2000<sup>47</sup>, och att förfarandet, då dess karaktär fastställts i nämnd bilaga, omfattas av artikel 5.1 i direktiv 2001/23.

57. Jag delar inte denna uppfattning. Enligt min åsikt är det inte, för att eventuellt betrakta det som ett likvidationsförfarande, avgörande att förfarandet i det nationella målet anges i bilaga B till förordning nr 1346/2000.

58. Det ska påpekas att reglerna om domstols behörighet, och om tillämplig lag enligt unionsreglerna om internationell privaträtt, inte på något sätt påverkar tillämpningen av bestämmelserna enligt nationell materiell rätt. Förordning nr 1346/2000 är, å ena sidan, en del av den rättsliga ram som unionen inrättat i syfte att utveckla ett gränsöverskridande rättsligt samarbete på privaträttens område. Direktiv 2001/23 är, å andra sidan, en harmonisering av bestämmelserna enligt materiell rätt och i princip tillämpligt på alla företagsöverlåtelser. Direktivet fastställer därigenom en ”allmän standard”

44 Se dom av den 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C-126/16, EU:C:2017:489, punkt 44).

45 Se dom av den 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C-126/16, EU:C:2017:489, punkt 41 och där angiven rättspraxis).

46 Det framstår som om det i princip endast var kommissionen som vidhöll en sådan ståndpunkt i sin skriftliga inlägga, av vilken framgår att ”överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet... ska anses utgöra ett konkursförfarande ...”. Kommissionen har emellertid vid den muntliga förhandlingen påpekat att ett skrivfel smugit sig in i dess yttranden, vilket kunde ge intryck av att kommissionen förordade en sådan ståndpunkt. Kommissionen anförde att dess yttranden i punkt 28 ska ha följande lydelse: ”Överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet ska inte anses utgöra ett konkursförfarande ...”. (Min kursivering).

47 Rådets förordning av den 29 maj 2000 om insolvensförfaranden (EGT L 160, 2000, s. 1), i dess lydelse enligt rådets genomförandeförordning (EU) nr 583/2011 av den 9 juni 2011 (EUT L 160, 2011, s. 52) (nedan kallad förordning nr 1346/2000). Prefaco nämner även bilagorna A och C i förordning nr 1346/2000, och att bilaga C preciserar att förvaltaren som utsetts i förfarandet i det nationella målet ska anses vara en konkursförvaltare.

om skydd för arbetstagare vid företagsöverlåtelser inom unionen.<sup>48</sup> När ett insolvens- eller likvidationsförfarande anges i bilaga A eller B till förordning nr 1346/2000 ska det anses falla inom förordningens tillämpningsområde, det vill säga utgöra en insolvens- eller likvidationssituation enbart ”vid tillämpningen av förordningen”.<sup>49</sup>

59. Såsom framgår av punkt 7 ovan i detta förslag till avgörande kan en gäldenär inte försättas i konkurs så länge som den nationella domstolen inte har meddelat beslut gällande ansökan om företagsrekonstruktion och, för det fall det rör sig om ett företag, inte upplösas genom ett domstolsbeslut. Mot bakgrund av den rättspraxis som behandlats i punkterna 42–51 ovan kan ett förfarande som möjligen leder till att någon försätts i konkurs, utan att så systematiskt är fallet, följaktligen inte anses uppfylla villkoret att överlåtaren ska vara föremål för ett konkursförfarande eller något motsvarande förfarande<sup>50</sup> och därför inte anses omfattas av begreppet ”konkursförfarande” i den mening som avses i artikel 5.1 i direktiv 2001/23.<sup>51</sup>

60. Jag ska nu pröva huruvida förfarandet i det nationella målet uppfyller villkoren i artikel 5.1 i direktiv 2001/23.

*b) Överlåtaren ska vara föremål för ett konkursförfarande eller något motsvarande insolvensförfarande som inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar*

61. Det krävs enligt artikel 5.1 i direktiv 2001/23 att överlåtaren är föremål för ett konkursförfarande eller något motsvarande insolvensförfarande som inletts i syfte att likvidera dess tillgångar. Såsom framgår av domstolens praxis uppfyller ett förfarande som syftar till att fortsätta berört företags verksamhet inte detta villkor.<sup>52</sup>

62. Vad gäller skillnaden mellan dessa två typer av förfaranden har domstolen funnit att ett förfarande syftar till att fortsätta verksamheten när det har som mål att säkerställa den operativa verksamheten i företaget eller i dess bärkraftiga delar. Ett förfarande som inletts i syfte att likvidera tillgångarna är däremot ägnat att i så hög utsträckning som möjligt kollektivt tillgodose borgenärernas intressen. Det kan visserligen inte uteslutas att det i ett förfarande finns en viss överlappning av de två målen, men ett förfarande med huvudsakligt mål att fortsätta företagets verksamhet avser, under alla omständigheter, att bevara företaget.<sup>53</sup>

48 Om samstämmigheten av unionsrättsliga begrepp, se mitt förslag till avgörande av den 22 januari 2019 i målet Pillar Securitisation (C-694/17, EU:C:2019:44, punkterna 49 och 50).

49 Se dom av den 22 november 2012, Bank Handlowy och Adamiak (C-116/11, EU:C:2012:739, punkterna 34 och 35). Domstolen ansåg i målet att den franska formen av rekonstruktionsförfarande av företag omfattades av tillämpningsområdet för förordning nr 1346/2000, eftersom det förfarandet fanns upptaget bland förfarandena i bilaga A till förordningen. Vissa författare har dock uttryckt tvivel om att förfarandet uppfyller de villkor som anges i artikel 1.1 i nämnd förordning. Se särskilt Jault-Seseke, F., ”Le règlement 2015/848: le vin nouveau et les vieilles outres”, *Revue critique de droit international privé*, 2016, s. 21, punkt 18; Burkhard, H., Oberhammer, P., Bariatti, S., Koller, Ch., Björn, L., Requejo Isidro, M., Villata, F.C. (dirs.), *The Implementation of the New Insolvency Regulation: Improving Cooperation and Mutual Trust*, Nomos, 2017, s. 65.

50 Det framgår av riklig belgisk doktrin, som Christa Plessers hänvisat till i sina skriftliga yttranden, att överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet ”äger rum före konkursen och har även som syfte att undvika detta långtgående beslut”. Se Vandersnickt, C., *Overgang van onderneming krachtens overeenkomst*. Het materieel toepassingsgebied van de richtlijn 2001/23/EG, série « Sociale praktijkstudies », Malines, Wolters-Kluwer, 2015, s. 116.

51 Christa Plessers skriftliga yttranden anger att det alltid i förarbetena och belgisk doktrin ansetts att förfarandet i det nationella målet inte utgör ett likvidationsförfarande, utan att det är att ”anse som ett alternativ till konkurs”. Se Doc Parl., Chambre, 2007, DEC 52 0160/001, s. 7. Nämnda dokument, som är omnämnt i handlingarna som domstolen tagit del av, samt den officiella webbplats om rekonstruktionsförfaranden som kommissionen återoplat vid förhandlingen är tillgängliga på följande adress: <http://socialsante.wallonie.be/surendettement/professionnel/?q=procedures-restructuration-reorganisation>. Se även Doc. Parl., Chambre, 2008–09, DOC 52–0160/055, s. 32.

52 Se, bland annat, dom av den 25 juli 1991, d’Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, punkterna 31 och 32), dom av den 7 december 1995, Spano m.fl. (C-472/93, EU:C:1995:421, punkt 25), samt dom av den 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C-126/16, EU:C:2017:489, punkt 47).

53 Se dom av den 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C-126/16, EU:C:2017:489, punkt 48). Se även förslag till avgörande av generaladvokaten Mengozzi i målet Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C-126/16, EU:C:2017:241, punkt 57).

63. För att avgöra huruvida överlåtaren i förevarande fall har varit föremål för ett konkursförfarande eller något motsvarande insolvensförfarande som inletts i syfte att likvidera överlåtarens tillgångar bör följande omständigheter beaktas.

64. Det framgår av den belgiska regeringens skriftliga yttranden att ett förfarande för företagsrekonstruktion enligt artikel 23 WCO inleds så snart företags fortlevnad är hotad. Enligt nämnd artikel presumeras en sådan kontinuitet under alla förhållanden hotad när förlusterna gör att företages nettokapital understiger hälften av det registrerade kapitalet. Enligt artikel 16 WCO har förfarandet till syfte att, under domstolens kontroll, säkerställa ”fortlevnaden av hela eller en del av företaget i svårigheter eller av dess verksamhet”. Förfarandet gör det möjligt att bevilja den arbetsgivaren uppskov vars företag i lagens mening har befunnits vara ”i svårigheter” i syfte att antingen träffa en frivillig ackordsuppgörelse, erhålla borgenärernas medgivande till en omstruktureringsplan eller genomföra en överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet på så sätt som är fallet i det nationella målet. Artikel 22 WCO anger dessutom att detta uppskov gör det möjligt för arbetsgivaren att omstrukturera samtidigt som denne är skyddad från borgenärernas utmätningsåtgärder, i synnerhet om företaget försätts i konkurs.<sup>54</sup>

65. Den hänskjutande domstolen påpekar att syftet med förfarandet för rekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet, i enlighet med artikel 59.1 första stycket WCO, är att överlåta ”hela eller delar av företaget eller dess verksamhet” och att en domstol kan fatta beslut om överlåtelsen ”för att säkerställa fortlevnaden [av nämnda verksamheter] när gäldenären ger sitt samtycke i sin ansökan om företagsrekonstruktion eller gör det senare under förfarandets gång”.<sup>55</sup>

66. Slutligen, såsom den hänskjutande domstolen påpekat, har Rechtbank van koophandel te Hasselt (Handelsdomstolen i Hasselt) i förevarande fall uppenbarligen beslutat om överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet i syfte att säkerställa fortlevnaden av hela eller delar av företaget Echo eller dess verksamhet, i enlighet med artikel 59.1 första stycket WCO.

67. Jag finner att ett sådant förfarande, i enlighet med den rättspraxis som anges i punkterna 44 och 50 ovan, ska anses ha som huvudsakligt syfte att säkerställa fortlevnaden av hela eller delar av företaget i svårigheter och kan således inte anses omfattas av artikel 5.1 i direktiv 2001/23.

*c) Konkursförfarandet eller motsvarande insolvensförfarande ska stå under tillsyn av en offentlig myndighet*

68. Jag erinrar om att det avseende det tredje villkoret som anges i artikel 5.1 i direktiv 2001/23 framgår av handlingarna som domstolen tagit del av att, i enlighet med artikel 60 WCO, det i beslutet om överlåtelsen även utses en förvaltare som ska organisera och genomföra överlåtelsen ”i gäldenärens namn och för dennes räkning”.<sup>56</sup> Mot denna bakgrund anser jag att en sådan mer begränsad tillsyn inte kan anses uppfylla kravet på en sådan myndighetstillsyn som anges i artikel 5.1 i direktiv 2001/23.<sup>57</sup>

69. Av vad som anförts ovan framgår det att ett förfarande för företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet, såsom i det nationella målet, inte uppfyller samtliga villkor i artikel 5.1 i direktiv 2001/23, vilket det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera. Följaktligen kan inte heller undantag göras från den skyddsordning som följer av artiklarna 3 och 4 i direktivet.

<sup>54</sup> Se punkt 11 ovan.

<sup>55</sup> Se punkterna 11 och 12 ovan. (Min kursivering.)

<sup>56</sup> Se punkt 8 ovan i detta förslag till avgörande. Trots att förvaltaren blivit utsedd av domstolen så söker och begär förvaltaren anbud ”för att främst säkerställa bevarandet av hela eller delar av företags verksamhet samtidigt som borgenärernas rättigheter beaktas” (artikel 62 första stycket WCO). För det fall flera jämförbara anbud lämnas ger förvaltaren prioritet åt det som säkerställer att arbetstillfällen bevaras genom ett framförhandlat arbetsrättsligt avtal (artikel 62 andra stycket WCO).

<sup>57</sup> Se dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punkt 28). Se även punkt 43 ovan.

#### **D. Förvärvarens rätt att välja vilka arbetstagare som denne ska ta över mot bakgrund av artiklarna 3 och 4 i direktiv 2001/23**

70. Det framgår av beslutet om hänskjutande att förvärvaren, i enlighet med artikel 61.4 WCO, kan välja vilka arbetstagare som denne önskar ta över, under förutsättning att detta val dels grundar sig på tekniska, ekonomiska och organisatoriska skäl, dels sker utan förbjuden särbehandling. Med beaktande av denna bestämmelse är frågan huruvida artiklarna 3 och 4 i direktiv 2001/23 tillåter att förvärvaren på det sätt som anges i artikel 61.4 WCO väljer de arbetstagare som denne önskar ta över.

71. För att besvara denna fråga är det lämpligt att erinra sig om att domstolen upprepade gånger påpekat att syftet med direktiv 2001/23 är att skydda arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare genom att göra det möjligt för dem att fortsätta sin anställning hos den nya arbetsgivaren på samma villkor som hos överlåtaren.<sup>58</sup> Syftet med direktivet är att så långt det är möjligt garantera att anställningsavtalet eller anställningsförhållandet med förvärvaren upprätthålls utan ändringar för att förhindra att de arbetstagare som berörs hamnar i ett mindre fördelaktigt läge enbart på grund av överlåtelsen.<sup>59</sup> Domstolen har dessutom slagit fast att detta skydd är grundläggande och att parterna följaktligen inte kan avtala om det i anställningsavtal, samt att direktivets regler ska anses *tvångande*, särskilt dem som avser arbetstagarnas skydd mot uppsägning på grund av överlåtelse, vilket innebär att det inte är tillåtet att göra avsteg från dessa bestämmelser till arbetstagarnas nackdel.<sup>60</sup>

72. Det följer av lydelsen i artikel 3.1 första stycket i direktiv 2001/23 att direktivets skydd endast gäller arbetstagare som har ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller *vid tidpunkten för övergången*.<sup>61</sup> Följaktligen, om inte annat särskilt är föreskrivet, gäller att "rättigheterna enligt direktiv 2001/23 endast kan åberopas av de arbetstagare som har ett gällande anställningsavtal eller anställningsförhållande vid tidpunkten för övergången. Frågan om ett avtal eller ett anställningsförhållande gällde vid denna tidpunkt ska bedömas utifrån nationell rätt, dock med förbehåll för att direktivets tvingande regler om skydd för arbetstagare mot uppsägning till följd av överlåtelsen ska beaktas".<sup>62</sup>

73. Den hänskjutande domstolen har påpekat dels att dag för överlåtelsen hade fastställts till den 22 april 2013,<sup>63</sup> dels att Christa Plessers anställningsavtal upphörde den 24 april 2013. Den hänskjutande domstolen har understrukit att "det råder ingen tvekan om att Christa Plessers, den dag då överlåtelsen ägde rum (den 22 april 2013), var bunden av ett anställningsavtal med [överlåtaren (Echo)]". Den nationella domstolen har även preciserat att förvaltaren den 24 april 2013 sade upp anställningsavtalet med Christa Plessers. Av denna anledning ska Christa Plessers anses som anställd av överlåtaren på dagen för överlåtelsen, vilket i enlighet med artikel 3 i direktiv 2001/23 särskilt medför att den överlåtande arbetsgivarens (Echo) skyldigheter gentemot Christa Plessers automatiskt överfördes på förvärvaren (Prefaco).<sup>64</sup>

58 Se dom av den 27 november 2008, Juuri (C-396/07, EU:C:2008:656, punkt 28 och där angiven rättspraxis).

59 Se dom av den 17 december 1987, Ny Mølle Kro (287/86, EU:C:1987:573, punkt 25), dom av den 26 maj 2005, Celtec (C-478/03, EU:C:2005:321, punkt 26), och dom av den 7 augusti 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punkt 48).

60 Se dom av den 10 februari 1988, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (324/86, EU:C:1988:72, punkt 14): "Härav följer att de berörda arbetstagarna inte kan avstå från sina rättigheter enligt direktivet och att det inte är tillåtet att ens med arbetstagarnas samtycke inskränka dessa rättigheter" (punkt 15). Se även dom av den 14 november 1996, Rotsart de Hertaing (C-305/94, EU:C:1996:435, punkt 17), och dom av den 12 mars 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punkt 40).

61 Se dom av den 7 augusti 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punkt 49).

62 Se bland annat dom av den 15 juni 1988, Bork International m.fl. (101/87, EU:C:1988:308, punkt 17), samt dom av den 7 augusti 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punkt 50).

63 Den hänskjutande domstolen har angett att den omständigheten att överlåtelseavtalet anger dagen för överlåtelsen som "två arbetsdagar efter den dag då tillstånd meddelats" innebär att det endast gäller mellan avtalsparterna och kan inte åberopas av tredje part som inte är avtalspart, vilket är fallet för Christa Plessers. Den nationella domstolen har lagt till att förvaltarna i sin skrivelse till Christa Plessers av den 24 april 2013 även hade bekräftat att Echos verksamhet hade upphört från och med den 22 april 2013. Se i detta hänseende punkt 15 ovan.

64 De bedömningar som är nödvändiga för att fastställa tillämpligheten av direktiv 2001/23 ankommer på den hänskjutande domstolen att göra, med beaktande av den tolkning som domstolen tillhandahåller. Se dom av den 15 juni 1988, Bork International m.fl. (101/87, EU:C:1988:308, punkt 19).

74. Angående det skydd som föreskrivs i artikel 4.1 i direktiv 2001/23 framgår det av den bestämmelsen att överlåtelsen av ett företag i sig inte utgör skäl för uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida, samt att den inte utgör hinder för uppsägningar som görs av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl och som innebär förändringar i arbetsstyrkan.<sup>65</sup>

75. Såsom domstolen redan har konstaterat ska det vid prövning av huruvida övergången var det enda motivet till uppsägningen, i strid med artikel 4.1 i direktiv 2001/23, beaktas under vilka *objektiva omständigheter* uppsägningen ägde rum.<sup>66</sup> Det framgår av punkterna 15 och 73 ovan i detta förslag till avgörande att, såsom är fallet i det nationella målet, ifrågavarande uppsägning trädde i kraft två dagar efter den dag då överlåtelsen ägde rum.

76. Det följer även av domstolens praxis att det inte är tillräckligt att visa att anställningsavtalet upphört av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Det ska även visas att dessa skäl inte, i strid med artikel 4.1 i direktiv 2001/23, är direkt orsakade av överlåtelsen av företaget. Det ska med andra ord visas att ifrågavarande uppsägning motiverades av ytterligare *omständigheter*, utöver själva överlåtelsen. Det är således dessa ”ytterligare omständigheter” som ska anses utgöra ”ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl” i den mening som avses i artikel 4.1.<sup>67</sup>

77. Enligt artikel 61.4 WCO ankommer det dock endast på förvärvaren att välja vilka arbetstagare som denne önskar ta över eller inte, även om valet sker på grundval av tekniska, ekonomiska eller organisatoriska skäl. Det verkar som om nationell lagstiftning inte uppställer någon begränsning i omfattningen av förvärvarens val. Kommissionen gjorde en riktig bedömning när den påpekade att det ankommer på den nationella domstolen att säkerställa att direktiv 2001/23 får sin ändamålsenliga verkan. Den nationella domstolen bör därför själv kunna pröva nödvändigheten av uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl, vilket inte verkar vara fallet i det nationella målet. Det skulle endast vara möjligt om den nationella domstolen erhöll uttömmande motiveringar av samtliga parter som berörs av företagsöverlåtelsen. Enbart den omständigheten att man vill minska kostnaderna vid ett övertagande av företag eller förebygga eller begränsa ekonomiska problem kan följaktligen inte heller godtas som motiv.<sup>68</sup> Att ge förvärvaren en rätt att välja vilka arbetstagare som denne önskar ta över skulle tömma artiklarna 3 och 4 i direktiv 2001/23 på all substans. De förfaranden som inte faller under det skydd som ges enligt direktivet är konkurs- och insolvensförfaranden, vilka har till syfte att likvidera överlåtarens tillgångar och omfattas i princip av direktiv 2008/94. När syftet med förfarandet däremot är att bevara företaget omfattas ett sådant förfarande inte av undantaget i artikel 5.1 i direktiv 2001/23 och en rätt för förvärvaren att välja arbetstagare står följaktligen i strid med artiklarna 3 och 4 i direktivet och med dess ändamålsenliga verkan.

65 Se, bland annat, dom av den 16 oktober 2008, Kirtruna och Vigano (C-313/07, EU:C:2008:574, punkt 45). Av domstolens praxis följer att den omständigheten att det fastställts att ett företag befinner sig i en krissituation inte nödvändigtvis eller systematiskt medför förändringar i arbetsstyrkan i den mening som avses i artikel 4.1 i direktiv 2001/23. Förfarandet för att bedöma ett företag i kristillstånd kan inte nödvändigtvis eller systematiskt utgöra ett ekonomiskt, tekniskt eller organisatoriskt skäl som innebär förändringar i arbetsstyrkan i den mening som avses i nämnd artikel. Se dom av den 11 juni 2009, kommissionen/Italien (C-561/07, EU:C:2009:363, punkt 36).

66 Se dom av den 15 juni 1988, Bork International m.fl. (101/87, EU:C:1988:308, punkt 18), och dom av den 7 augusti 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punkt 53).

67 Dom av den 16 oktober 2008, Kirtruna och Vigano (C-313/07, EU:C:2008:574, punkterna 45 och 46). Domstolen ansåg i detta mål att vid en företagsövergång krävs inte, enligt artikel 3.1 i direktiv 2001/23, att ett avtal om hyra av en affärslokal som slutits mellan företagsöverlåtaren och tredje man ska bestå, även om en hävning av nämnda avtal skulle kunna medföra att de anställningsavtal som övertagits av förvärvaren riskerar att sägas upp. Domstolen har dessutom ansett att upphörande av anställningsavtalen som orsakats av ytterligare omständigheter, såsom att förvärvaren och hyresvärdarna inte har kommit överens om ett nytt hyresavtal, eller att det varit omöjligt att hitta en annan affärslokal eller att överföra personalen till andra butiker, kan betraktas som ”ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl”, i den mening som avses i nämnda artikel 4.1 i direktiv 2001/23.

68 Enligt generaladvokaten Van Gerven finns det inte någon anledning att anta att ”att direktivet [tillåter] vilken som helst uppsägning av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl. Direktivet förbjuder uttryckligen sådana uppsägningar i samband med uppsägningar som följer av en överlåtelse av företaget. Det är endast om uppsägningarna skulle ha skett i alla fall som de omfattas av nämnda undantag, till exempel om de redan beslutats innan det var fråga om någon form av överlåtelse. Uppsägning av en del av arbetstagarna till följd av överlåtelsen av företaget kan således inte grundas på artikel 4 i direktivet” (förslag till avgörande av generaladvokaten Van Gerven i målet d’Urso, C-362/89, EU:C:1991:228, punkt 35). Se fotnot 65 ovan.

78. Enligt min åsikt ska direktiv 2001/23, och särskilt artiklarna 3 och 4, tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning som den i det nationella målet, vilken föreskriver att när en överlåtelse av ett företag sker inom ramen för en företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av en rättslig myndighet, och i syfte att bevara hela eller delar av överlåtaren eller dennes verksamhet, förvärvaren ska ha rätt att välja vilka arbetstagare som denne önskar ta över.

## V. Förslag till avgörande

79. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen ska besvara Arbeidshof te Antwerpen (Arbetsdomstolen i Antwerpen, Belgien) på följande sätt:

- 1) Artikel 5.1 i rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter ska tolkas så, att ett förfarande för företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av rättslig myndighet, såsom förfarandet i det nationella målet, inte uppfyller samtliga villkor som föreskrivs i artikeln, vilket innebär att undantag inte kan göras från den skyddsordning som föreskrivs i artiklarna 3 och 4 i direktivet.
- 2) Direktiv 2001/23, och särskilt artiklarna 3 och 4, ska tolkas så, att det utgör hinder för en nationell lagstiftning som den i det nationella målet, vilken föreskriver att förvärvaren vid en överlåtelse inom ramen för en företagsrekonstruktion genom överlåtelse under tillsyn av en rättslig myndighet, i syfte att bevara hela eller delar av överlåtaren eller dess verksamhet, ska ha rätt att välja vilka arbetstagare som denne önskar ta över.