

på tidspunktet for en virksomheds overførsel mellem overdrageren og arbejdstagerne i vedkommende virksomhed bestående af arbejdskontrakter eller arbejdsforhold automatisk overgår til erhververen alene på grund af overførslen. Denne overførsel gælder både for overdrageren, erhververen og for arbejdstagernes repræsentanter, der ikke kan træffe aftale om en anden løsning med overdrageren eller erhververen, og endvidere også for arbejdstagerne selv, alene med forbehold af deres adgang til på grundlag af en efter frit valg truffet beslutning ikke at fortsætte arbejdsforholdet hos den nye indehaver af virksomheden.

2. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 finder ikke anvendelse på overførsel af en virksomhed, der sker inden for rammerne af en kreditorfølgningssprocedure som den i italiensk lovgivning omhandlede tvungne administrative likvidation, jf. italiensk lov af 3. april 1979 om særlig administration af større kriseramte virksomheder. Derimod finder de samme bestemmelser i samme direktiv anvendelse, når det inden for rammerne af en i lovgivningen fastlagt ordning som ordningen om særlig administration af større kriseramte virksomheder er vedtaget at fortsætte en virksomheds drift, så længe vedtagelsen herom er i kraft.

RETSMØDERAPPORT i sag C-362/89 *

I — Faktiske omstændigheder og retshandlinger

af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion».

1. *Gældende fællesskabsret*

Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26) finder ifølge direktivets artikel 1, stk. 1, anvendelse »på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele

I direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, bestemmes, at »overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen i henhold til artikel 1, stk. 1, overgår som følge af denne overførsel til erhververen«.

Endvidere bemærkes, at direktivets artikel 4, stk. 1, indeholder en bestemmelse, hvorefter

* Processprog: italiensk.

»overførsel af en virksomhed, bedrift eller del af en bedrift ikke i sig selv [giver] overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.«

2. De i hovedsagen omhandlede nationale lovbestemmelser

Artikel 2112, stk. 1, i den italienske Codice civile indeholder følgende bestemmelser: »Ved overførsel af en virksomhed indtræder erhververen i arbejdskontrakten, såfremt overdrageren ikke har opsagt denne med det aftalte varsel, og arbejdstageren bevarer de rettigheder på grundlag af anciennitet, som er erhvervet før overførslen.«

Ved lovdekret nr. 835 af 9. december 1986 som ændret og ophøjet til lov nr. 19 af 6. februar 1987 er der dog blevet indført undtagelser fra denne bestemmelse, blandt andet ved sidstnævnte lovs artikel 3, der lyder: »Ved overdragelse af virksomheder eller virksomhedsafdelinger, der sker til gennemførelse af planprogrammer for virksomheder under særlig administration, finder bestemmelserne i artikel 2112, stk. 1, i Codice civile ikke anvendelse for det personale, der ikke samtidig overføres...«

Proceduren for særlig administration af større kriseramte virksomheder blev indført ved lovdekret nr. 26 af 30. januar 1979, der senere efter ændringer er blevet ophøjet til lov nr. 95 af 3. april 1979. Ordningen finder uden for konkurs anvendelse på større virksomheder, der efter en retslig myndigheds konstatering er insolvente eller ikke

har udbetalt løn i tre måneder. Proceduren indledes ved ministerielt dekret og gennemføres af en eller tre kommissærer, der udpeges af ministeriet og er undergivet dettes tilsyn. I det dekret, hvorved proceduren indledes, kan der under hensyntagen til kreditorenes interesse gives tilladelse til fortsættelse af virksomhedens drift i et begrænset tidsrum. Kommissæren udarbejder et program, der kan omfatte en saneringsplan for virksomheden. For proceduren for særlig administration gælder, medmindre andet er bestemt i lovdekretet af 30. januar 1979, reglerne i den italienske lovgivning om tvungen administrativ likvidation af virksomheder.

Ifølge den forelæggende ret har proceduren for særlig administration af større kriseramte virksomheder en meget speciel karakter, når henses til de skønskriterier, der lægges til grund for sondringen mellem henholdsvis procedurer, hvis formål er en virksomheds likvidation, og procedurer, hvorved det tilstræbes at bevare debtors formue og fortsætte hans virksomheds drift. For denne procedures formål er i første række at sanere virksomheden, navnlig med henblik på at bevare arbejdspladser; men reglerne om den er blevet udformet som en variant af en typisk likvidationsprocedure, nemlig den tvungne administrative likvidation. De træk ved ordningen, som ifølge Pretura di Milano særligt viser, at ordningen har et »retssikrende« formål, er følgende:

— I forarbejderne til lovdekret nr. 26 af 1979 finder man en udtalelse om, at ordningen tilsigter at bevare de virkelig sunde dele af en virksomhed eller koncern, ved overførsel fra den insolvente indehaver til en ny ejer, der imidlertid ikke overtager gælden.

- En virksomhed under særlig administration kan optage lån i kreditinstitutter, som skal betales tilbage af staten, som kautionerer for lån til genoptagelse af driften og udbygning af produktionsanlæg, industribygninger og driftsudstyr.
- Beskyttelsen af kreditorernes interesser har ikke samme vægt som i andre likvidationsprocedurer. Kreditorerne har navnlig ingen indflydelse overhovedet på afgørelser vedrørende fortsættelse af virksomhedens drift, og de har navnlig ikke nogen sikkerhed for, at disse afgørelser træffes under hensyntagen til deres interesser.
- At ordningen først og fremmest bygger på forudsætningerne om en fortsat drift, fremgår af, at loven ikke indeholder bestemmelser af betydning om den modsatte, teoretisk mulige løsning (nemlig en virksomhedslukning), og heller ikke om følgerne af en saneringsplans uigennemførlighed, efter at afgørelse om fortsættelse af driften er truffet.

3. De faktiske omstændigheder i hovedsagen

Sagsøgerne i hovedsagen er ansat i Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (herefter benævnt »EMG«), der er sat under særlig administration. Sagsøgerne har fra 1985 været suspenderet i deres stillinger og har opnået lønkomensation som fuldtidsansatte fra Cassa integrazione guadagni straordinaria (herefter benævnt »CIGS«).

Selskabet EMG og en række andre selskaber tilhørende Marelli-koncernen blev ved dekret truffet af industriministeren den 26.

maj 1981 sat under særlig administration med bestemmelse om, at virksomheden kunne fortsætte driften.

I 1985 var forholdene blevet bragt i orden i alle koncernens øvrige selskaber, og kun selskabet EMG var fortsat under særlig administration. I september 1985 blev så også dette selskab overdraget til et selskab, der var blevet stiftet ad hoc, nemlig selskabet Ercole Marelli Nuova Elettromeccanica Generale SpA (herefter benævnt »Nuova EMG«), der senere opdeltes i to andre selskaber, ABB Tecnomasio SpA og ABB Industria Srl.

Ved overførselsaftalen overgik 940 arbejdstagere i overensstemmelse med kollektive overenskomster, hvortil der henvistes i selve aftalen, til ansættelse i erhververselskabet.

Ved en af de nævnte overenskomster var det for de 518 arbejdstagere, der fortsat var ansat i overdragerselskabet, bestemt, at de fortsat skulle modtage lønkomensation gennem CIGS, og at der skulle træffes forskellige foranstaltninger med henblik på en endelig løsning af problemerne som følge af overbemanding.

Sagsøgerne i hovedsagen, der stadig er ansat i det under særlig administration værende selskab EMG, og hvis ansættelse stadig er suspenderet, har for Pretura di Milano nedlagt påstand om, at det fastslås, at deres ansættelse er fortsat hos erhververselskabet med virkning fra datoen for overførslen af de industri anlæg, som deres virksomhed var knyttet til.

De har herved gjort gældende, at bestemmelsen i Codice civile's artikel 2112, stk. 1,

og ikke undtagelsesbestemmelsen i lovdekret nr. 835/1986 finder anvendelse på dem.

Pretura di Milano har på baggrund af denne argumentation ment, at en fortolkning af Rådets nævnte direktiv 77/187 af 14. februar 1977 var nødvendig for sagens afgørelse.

Nævnte ret har derfor ved kendelse af 23. oktober 1989 besluttet at udsætte hovedsagen på en afgørelse fra Domstolen af følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal artikel 3, stk. 1, første afsnit, i direktiv 77/187 fortolkes således, at arbejdskontrakter eller arbejdsforhold, som består på tidspunktet for en virksomheds overførsel, automatisk overgår til erhververen?
- 2) Finder nævnte direktiv anvendelse på overførsel af virksomheder, der er sat under særlig administration?»

4. *Sagens behandling for Domstolen*

Pretura di Milano's forelæggelseskendelse er indgået til Domstolen den 17. november 1989.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statuten for De Europæiske Fællesskabers Domstol er der indgivet skriftlige indlæg af sagsøgerne i hovedsagen ved advokat Alfonso Ognibene, Milano, de sagsgætte i hovedsagen ved advokaterne Gia-

cinto Favalli og Salvatore Trifirò, Milano, den franske regering ved attaché principal d'administration centrale i Udenrigsministeriets Retsafdeling Claude Chavance, som befuldmægtiget, den italienske regering ved avvocato dello Stato Oscar Fiumara, som befuldmægtiget, og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Giuliano Marenco, juridisk konsulent, bistået af Karen Banks, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede.

Den italienske regering har ved skrivelse af 20. maj 1990 anmodet Domstolen om, at sagen i medfør af procesreglementets artikel 95 afgøres af den samlede Domstol.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

II — Sammenfatning af de skriftlige indlæg for Domstolen

Den franske og den italienske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har anført, at det første præjudicielle spørgsmål kun er relevant, såfremt det andet præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende, og at det derfor er nødvendigt at tage stilling til det andet spørgsmål, før der eventuelt tages stilling til det første.

Det vil på baggrund heraf være hensigtsmæssigt først at fremlægge de indlæg, der vedrører det andet præjudicielle spørgsmål.

Det andet præjudicielle spørgsmål

1. *Sagsøgerne i hovedsagen* har efter en indgående gennemgang af den italienske lovgivning og dens udvikling anført, at formålet med den italienske lov nr. 19/87 er at værne en virksomheds beståen, og at samtlige de foranstaltninger af økonomisk og beskatningsmæssig art, der er fastlagt i loven til fordel for kriseramte virksomheder, tjener dette formål. Ledelsen af den kriseramte virksomhed varetages af et offentligt organ, nemlig den særlige kommissær, hvis hovedopgave er at sanere produktionsstrukturen og at genskabe virksomhedens markedsposition.

Sagsøgerne har tilføjet, at det middel, den italienske lovgivningsmagt har valgt, ganske vist så vidt muligt er afledt af gældende kreditorfølgingsprocedurer. Men dette forhold har ingen betydning, når henses til Domstolens praksis (dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469; dom af 7.2.1985, sag 179/83, Industriebond, Sml. s. 511).

Sagsøgerne i hovedsagen har af hensyn til en bedre forståelse af de virkninger, som anvendelsen af lov nr. 19/87 har, ønsket på følgende måde at tydeliggøre stillingen for arbejdstagere, der er berørt af en virksomhedsoverførsel. Ved overdragelsen overføres hele virksomheden (eller en selvstændig del af denne). Kun en del af arbejdstagerne følger den overførte virksomhed. Dens øvrige arbejdstagere står fortsat under den særlige kommissærs ledelse, og deres ansættelse fortsætter alene med henblik på at give dem

mulighed for fortsat at kunne opnå ydelser gennem CIGS. Da den særlige kommissærs opgaver begrænser sig til en retablering af virksomhedens markedsposition navnlig gennem overførsel, har de ikke-overførte arbejdstageres ansættelsesforhold nu kun en rent formel karakter. Da den overførte virksomhed ikke længere eksisterer, vil disse arbejdstagere ikke kunne blive beskæftiget igen med en eller anden form for produktion, og de vil blive afskediget, når de ikke længere vil kunne være omfattet af CIGS-ordningen. Dermed berøres de af en endelig fratræden fra virksomheden, som netop beror på overførslen, hvilket vil være i strid med direktivets bestemmelser (jf. præmis 18 i Domstolens nævnte Abels-dom af 7.2.1985).

Sagsøgerne i hovedsagen har i øvrigt gjort gældende, at der ikke i italiensk lovgivning findes detaljerede regler for overførslen af arbejdstagere, og navnlig ikke om de kriterier, efter hvilke de overførte arbejdstagere vælges. Den italienske lovgivning indeholder heller ikke regler om forudgående samråd med arbejdstagerernes faglige sammenslutninger. Denne situation giver sagsøgerne i hovedsagen anledning til at gøre to bemærkninger. De anfører dels, at det forhold, at der ikke består en forpligtelse til at forhandle med de faglige organisationer, udgør en tilsidesættelse af artikel 6, stk. 1 og 2, i direktivet af 14. februar 1977 (jf. Domstolens dom af 10.7.1986, sag 235/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 2291). Endvidere anfører de, at valget af de arbejdstagere, der overgår til ansættelse hos erhververen af virksomheden, kan ske efter overdragerens og erhververens forgodtbefindende. De arbejdstagere, der ikke vælges, bliver ofre for en slags skjult kollektiv afskedigelse, der ikke vil kunne ligestilles med en kollektiv afskedigelse af den i direktivets artikel 4, stk. 1, omhandlede art, idet den overhovedet ikke kan efterprøves retsligt, hverken hvad angår nødvendigheden af at fjerne personale eller valget af de arbejdstagere, der ikke vil blive overført.

De italienske bestemmelser er således ifølge sagsøgerne i hovedsagen i strid med direktivet, og dette finder også anvendelse i tilfælde af, at den afståede virksomhed bliver sat under særlig administration. Den italienske stat gør omsonst gældende, at de italienske regler er retmæssige som følge af forhold i Italiens nuværende økonomiske og sociale situation. Domstolen har tidligere afvist en lignende argumentation (i dom af 6.11.1985, sag 131/84, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 3531) i forbindelse med en undladelse af at følge Rådets direktiv 75/129/EØF af 17. februar 1975 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om kollektive afskedigelser (EFT L 48, s. 29).

Sagsøgerne i hovedsagen har afslutningsvis anmodet Domstolen om at fastslå, at direktiv 77/187 finder anvendelse på virksomhedsoverdragelser, der gennemføres af virksomheder, der er sat under særlig administration i henhold til lov nr. 95 af 3. april 1979.

2. Ifølge *de sagsøgte i hovedsagen* er den fortolkning, der i forelæggelseskendelsen gives af proceduren for særlig administration, fejlagtig og misvisende.

Faktisk er der i teorien i Italien enighed om, at denne procedure er en kreditorforfølgningsprocedure med et likvidationsformål. De største specialister på området mener, at hovedformålet med denne procedure er en likvidation, at proceduren i al fald hovedsagelig har likvidationskarakter og kun subsidiært er en retssikrende procedure. Når likvidationen sker samtidig med en — som det antages — normal fortsættelse af den kriseramte virksomheds drift i et begrænset

tidsrum, er formålet hermed at redde ikke virksomheden, men produktionsenhederne ved at undersøge mulighederne for at overføre dem til andre. Man søger således ikke at gennemføre en sanering af virksomheden, men derimod i givet fald og i det omfang, de tilstræbte mål nås, at opnå en simpel bevaring af virksomhedshelheder med tilbehør.

De sagsøgte i hovedsagen har anført, at denne fortolkning af den italienske lov grundes på selve lovens ordlyd, idet der i denne udtrykkeligt henvises til konkursloven.

De sagsøgte i hovedsagen har på baggrund heraf anmodet Domstolen om at besvare det andet præjudicielle spørgsmål benægtende.

3. *Den franske regering* har under henvisning til den tidligere nævnte dom af 7. februar 1985, Abels, fastslået, at Domstolen ganske vist hidtil har anset bestemmelserne i direktivet af 14. februar 1977 for uanvendelige på en virksomhedsoverførsel, der sker efter en konkurs, men at den ikke har villet udelukke en overførsel i forbindelse med procedurer forud for konkurs, der tilsigter en genoptagelse af driften, som f.eks. tvangsakkord uden for konkurs i fransk ret eller, for så vidt det kan fastslås på grundlag af forelæggelseskendelsen, proceduren for særlig administration i italiensk ret. Direktivet finder således anvendelse på en overførsel, der sker i henhold til denne procedure, når overførslen gennemføres ved overdragelse i henhold til aftale eller fusion.

Den franske regering har anført, at fransk lovgivning er blevet udbygget på en sådan måde, at den er i overensstemmelse med be-

stemmelserne i direktivets artikel 3, stk. 1. Der gælder herefter to undtagelser fra princippet om overførsel til erhververen af arbejdskontrakter eller arbejdsforhold med tilknytning til den overdragne virksomhed, som bestod på tidspunktet for overførslen:

- Den ene undtagelse vedrører det tre-kantsforhold, hvor der sker en ændring af arbejdsgiver, uden at de på hinanden følgende arbejdsgivere har indgået aftale.
- Den anden vedrører procedureerne for tvangsakkord og likvidation, der gennemføres ad retslig vej. Ved afslutningen af disse procedurer er den nye arbejdsgiver på baggrund af de afskedigelser, som handelsretten forinden har tilladt, forpligtet til at overtage de forpligtelser, der påhvilede den tidligere arbejdsgiver over for lønmodtagere, hvis arbejdskontrakter består på datoen for virksomhedsoverførslen, når der findes en aftale mellem den forhenværende og den nye arbejdsgiver om overdragelse eller fusion af de to virksomheder.

Det er den franske regerings opfattelse, at man, selv om den italienske ordning for selskaber, der er sat under særlig administration, ikke i og for sig fører til, at disse selskaber er omfattet af ordningen ifølge direktivet af 14. februar 1977, efter en analogi heraf må antage, at direktivets bestemmelser, såfremt denne retstilling fører til en overdragelse ved aftale eller fusion for den pågældende virksomhed, må kunne anvendes.

Den franske regering har derfor foreslået følgende besvarelse:

»Direktiv 77/187 finder kun anvendelse på overførsel af en virksomhed, der er omfattet af en procedure for tvangsakkord uden for konkurs eller særlig administration, såfremt denne overførsel sker ved overdragelse i henhold til aftale eller fusion mellem erhvervsvirksomheden og overdragervirksomheden«.

4. *Den italienske regering* har efter en redegørelse for de vigtigste særtræk i proceduren for »særlig administration af større kriseramte virksomheder« anført, at den herhenhørende lovgivning klart har formål, der vedrører den økonomiske og sociale politik. Meningen er så vidt muligt at redde de sunde dele af virksomheder eller koncerner ved at overføre dem til en anden erhvervsdrivende, med det sigte at begrænse de økonomiske og sociale tab, som standsning af driften af større virksomheder medfører til skade for den pågældende virksomhedssektor, til skade for beskæftigelsen, underleverandører, og mere i almindelighed hele den nationale økonomi.

Ifølge Domstolens praksis (i de tidligere nævnte domme af 7.2.1985, Abels og Industriebond) skal bestemmelserne i direktivet af 14. februar 1977 ikke udvides til at omfatte overførsler af virksomheder, »som sker inden for rammerne af en konkursbehandling, der har til formål at realisere overdragerens aktiver under den kompetente retlige myndigheds kontrol«. Bestemmelserne skal derimod anvendes på overførsler, der sker i henhold til en procedure, hvorunder den retlige myndigheds kontrol er af mere begrænset omfang, og som i første række har til formål »at bevare aktiverne og i givet fald fortsætte virksomhedens drift gennem en kollektiv betalingshenstand med henblik på at opnå en ordning, der gør det muligt at sikre driften i fremtiden«.

Efter den italienske regerings opfattelse må proceduren for særlig administration, for så vidt angår anvendelse af direktivet, ligestilles med konkurs af følgende grunde: Overførslen sker ikke i kraft af parternes fri vilje, men i henhold til og inden for rammerne af en kreditorforfølgningsprocedure (det er uden betydning, om denne forløber under en administrativ myndigheds eller en domstols kontrol); der er ikke tale om en overførsel blot med henblik på en virksomheds strukturomlægning, men om en overførsel, der er påkrævet som følge af virksomhedens insolvens; beslutningen om procedurens anvendelse træffes i stedet for eller med udelukkelse af konkurs, ikke for at redde virksomhedens formue, men af hensyn til mere omfattende interesser, der hænger sammen med den økonomiske og sociale politik.

Efter den italienske regerings opfattelse skal det præjudicielle spørgsmål derfor besvares på følgende måde:

»Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 medfører ikke, at medlemsstaterne er forpligtet til at lade direktivets bestemmelser gælde også for overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, der sker i henhold til en kreditorforfølgningsprocedure som proceduren for særlig administration ifølge italiensk lov nr. 95 af 3. april 1979«.

Den italienske regering erkender dog, at medlemsstaterne har adgang til på selvstændig måde at anvende direktivets principper i deres lovgivning.

blev afgjort ved Domstolens dom af 10. juli 1986 (den tidligere nævnte sag 235/84), havde erkendt, at direktivet af 14. februar 1977 kunne fraviges i den italienske lovgivning, når fravigelsen blot gjaldt virksomheder, der var erklæret »kriseramte«, og var begrundet i nødvendigheden af at give beskyttelse af beskæftigelsen forrang for beskyttelsen af arbejdstagernes velerhvervede rettigheder i forhold til overdrageren og i øvrigt gav den garanti, som nødvendigheden af en forudgående overenskomst med de faglige sammenslutninger udgør.

Kommissionen har desuden anført, at den i sit indlæg i nævnte sag 135/83, Abels, havde valgt den samme tankegang, idet den foreslog at fortolke direktivet på en sådan måde, at det ikke kom til at omfatte en forholdsvis stor gruppe situationer, herunder konkurs og procedurer til afværgning af konkurs. Domstolen fulgte imidlertid kun dens argumentation for så vidt angår konkurs, idet den fastslog, at direktivet finder anvendelse på betalingshenstandsordninger.

Kommissionen har endelig nævnt, at den har indledt en traktatbrudsprocedure mod Italien vedrørende artikel 3 i lov nr. 19 af 6. februar 1987, idet det er dens opfattelse, at direktivet finder anvendelse på proceduren for særlig administration i det omfang, det for denne gælder, at produktionsvirksomheden fortsættes, hvorfor den bestemmelse, hvorefter det er muligt at gennemføre en blot delvis overførsel af de arbejdstagere, hvis arbejdskontrakt løber på datoen for overførslen, er i strid med direktivet.

5. *Kommissionen* har anført, at den under den administrative procedure, der gik forud for den traktatbrudssag mod Italien, der

Kommissionen har efter en omtale af de af den forelæggende ret nævnte forhold, der efter dens opfattelse er udtryk for, at proce-

duren for særlig administration har en retssikrende karakter, erklæret, at den vil bestrebe sig på at foreslå Domstolen en besvarelse af et spørgsmål, hvis vanskelighed beror på denne procedures indviklede og tve-tydige beskaffenhed.

Visse elementer i proceduren får den til at ligne en konkurs. Dens iværksættelse forudsætter således en retslig myndigheds afgørelse til konstatering af insolvensen eller den manglende lønudbetaling i mindst tre måneder. Det ministerielle dekret, hvorved proceduren iværksættes, ligestilles med den afgørelse, hvormed en tvungen administrativ likvidation iværksættes. Generelt gælder for denne procedure principielt reglerne om tvungen administrativ likvidation, der er en kreditorforfølgningssprocedure med et likvidationssigte.

I andre henseender er det vanskeligt at lade det af Domstolen knæsatte princip om, at konkurs skal holdes uden for fællesskabsdirektivets anvendelsesområde, være gældende også for proceduren for særlig administration. Det er regeringen, der bestemmer, at denne procedure skal indledes, og den afvikles ikke under en retslig, men derimod en administrativ myndigheds kontrol. Den pågældende virksomhed skal bestemt ikke nødvendigvis sættes i likvidation, men undergives en saneringsplan, og fortsættelse af driften vil kunne tillades i indtil fire år. I realiteten har proceduren for særlig administration to formål: Om muligt at holde virksomheden i live og kun, såfremt dette er umuligt, at likvidere den således, at kreditorernes interesser tilgodeses.

Kommissionen har under en undersøgelse af disse forskellige forhold i lyset af Domstolens tidligere nævnte dom af 7. februar 1985, Abels, fremhævet følgende:

— Dels bevirker anvendelsen kumulativt af kriterierne for direktivets uanvendelighed om retslig kontrol og likvidationsformål, at ikke blot proceduren for særlig administration, men også tvungen administrativ likvidation bliver omfattet af direktivet, idet sidstnævnte procedure ikke forløber under retslig, men under administrativ kontrol. Tvungen administrativ likvidation er imidlertid et konkurssurrogat og bør derfor, for så vidt angår direktivets anvendelsesområde, ligestilles med konkurs. For at opnå dette må man fastslå, at i tilfælde af en konflikt mellem kriteriet om retslig kontrol og kriteriet om likvidationsformål, skal sidstnævnte kriterium være afgørende.

— På den anden side må det nødvendigvis fastslås, at det, såfremt for proceduren for særlig administration det synspunkt lægges til grund, at overførsler, der sker i henhold til procedurer, hvormed det tilstræbes at holde en virksomhed i live, og ikke overførsler, der foregår under procedurer, der har til formål at afvikle en virksomhed, er omfattet af direktivet, er umuligt at give problemet en løsning, der kan gælde på samtlige trin i proceduren. For på den ene side iværksættes denne procedure i håb om, at virksomheden kan saneres, hvilket kan begrunde, at det er muligt at tillade en midlertidig fortsættelse af driften, og dermed er den beslægtet med proceduren for administration under kontrol, der selv, navnlig ved det moratorium den giver, kan ligestilles med proceduren »surséance van betaling«, som direktivet efter Domstolens nævnte dom af 7. februar 1985, Abels, finder anvendelse på; på den anden side er en fortsættelse af saneringen kun en eventualitet under en procedure for særlig administration, og

tilladelsen til at fortsætte virksomhedens drift kan nægtes, udløbe eller tilbagekaldes.

Kommissionen mener derfor, at man må sondre mellem følgende to — eventuelle — trin i proceduren:

- a) Såfremt der gives tilladelse til, at virksomheden fortsætter driften, må, så længe denne tilladelse står ved magt, overførsler fuldt ud være undergivet direktivets principper.
- b) Såfremt der derimod ikke ab initio gives tilladelse til fortsættelse af driften, eller såfremt den oprindelige tilladelse udløber eller tilbagekaldes, må virksomheden være undergivet reglerne om tvungen administrativ likvidation, dvs. en konkurs-lignende procedure. I så fald falder overførslerne uden for direktivets anvendelsesområde.

Over for denne løsning kan man ifølge Kommissionen ikke indvende, at fravigelsen af reglen om, at arbejdskontrakterne automatisk overføres, hvorved det bliver muligt at undgå afskedigelser og fortsat at lade arbejdstagerne nyde godt af CIGS-ordningen, når alt kommer til alt er gunstig for beskæftigelsen. Argumentet herom må afvises af to grunde: Medlemsstaterne kan ikke sætte en anden ordning i stedet for direktivets ordning, heller ikke selv om denne anden ordning stemmer bedre overens med de mål, der forfølges; forholdet til de af CIGS-ordningen omfattede arbejdstagere kan overføres til erhververen, som det er, og en sådan overførsel vil bestemt ikke for erhververen betyde en økonomisk byrde, der kan bringe overdragelsen i fare.

Kommissionen har afslutningsvis foreslået Domstolen følgende besvarelse:

»Direktiv 77/187/EØF finder anvendelse på overførsler af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, der sker under en procedure som proceduren for særlig administration, så længe der er givet tilladelse til fortsættelse af virksomhedens drift. Direktivet finder derimod ikke anvendelse, såfremt der ikke er givet en sådan tilladelse, eller denne er udløbet eller tilbagekaldt.«

Det første præjudicielle spørgsmål

1. *Sagsøgerne i hovedsagen* har gjort gældende, at det første spørgsmål kun kan besvares bekræftende.

Domstolen har tidligere truffet en afgørelse på linje hermed, blandt andet i dommen af 10. februar 1988 (sag 324/86, Daddy's Dance Hall, Sml. s. 739). I øvrigt levnes der efter selve ordlyden af de omhandlede bestemmelser i direktivet af 14. februar 1977 ikke plads for en herfra forskellig fortolkning, idet man med en udtalelse om, at ret-tigheder og forpligtelser ifølge en eksisterende arbejdskontrakt af overdrageren overføres til erhververen som følge af overførslen, alene har til hensigt at fastslå, at arbejdsforholdet fortsætter uden afbrydelse.

2. Ifølge de *sagsøgte i hovedsagen* kan bestemmelserne i direktivet af 14. februar 1977 ikke fortolkes således, at der automatisk sker overførsel fra overdrageren til erhververen af arbejdsforhold vedrørende den overdragne virksomhed, som bestod på tidspunktet for overførslen af denne virksomhed.

Formålet med direktivet er på baggrund af Domstolens praksis (jf. Domstolens tidligere nævnte dom af 10.2.1988, *Daddy's Dance Hall*; Domstolens dom af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, *Berg*, Sml. s. 2559; Domstolens dom af 17.12.1987, sag 287/86, *Ny Mølle Kro*, Sml. s. 5465) at undgå, at en arbejdstager efter overførslen af den virksomhed, han er ansat i, arbejder hos erhververen på ringere vilkår end dem, han arbejdede under hos overdrageren, og ikke at gøre en automatisk overgang til erhververen af samtlige hos overdrageren ansatte arbejdstagere obligatorisk.

Dersom direktivet fortolkes på anden måde, sker der en tilsidesættelse af samtlige de for erhvervsfriheden gældende grundsætninger og endog af den personlige frihed, idet automatisk overgang af samtlige arbejdsforhold fra overdrageren til erhververen påbydes i samtlige tilfælde af virksomhedsoverførsel. Endvidere etableres der en i forhold til fagforeningsfriheden og de faglige overenskomster — der, som tilfældet er i hovedsagen, tilsigter i den almindelige interesse at regulere detailspørgsmålene i forbindelse med overførslen og det antal ansatte, der overføres fra en virksomhed til en anden — uacceptabel og urimelig ekstra regulering. Endelig bliver for den potentielle erhverver tilskyndelsen til at overtage virksomheden mindre, når han selv skal overtage samtlige arbejdsforhold; hermed opstår der risiko for, at samtlige stillinger nedlægges.

Det første spørgsmål bør således i overensstemmelse med direktivets ordlyd, begrundelse og indre logik besvares benægtende.

3. Den franske regering har anført, at en overførsel til erhververen af et arbejdsforhold, der vedrører den overdragne virksomhed, og som består på tidspunktet for over-

førslen, i medfør af direktivet kun er obligatorisk, i tilfælde af fusion eller overdragelse i henhold til aftale.

I fransk ret er bestemmelserne i code du travail's artikel L 122-12, der skal sikre en stabil beskæftigelse, ordre public-regler, der gælder for alle arbejdstagere og virksomhedsledere.

Tilbage står dog, at en arbejdstager forud for et arbejdsgiverskift kan afskediges, såfremt den reorganisering, den fremtidige arbejdsgiver har besluttet at gennemføre i den midlertidige administrationsperiode, gør det nødvendigt. I tvangsakkord uden for konkurs kan afskedigelser kun gennemføres under retslig kontrol.

Derfor kan ifølge den franske regering en virksomhed, der er sat under særlig administration, så længe denne retsstilling ikke ændres, afskedige sine arbejdstagere. Derimod finder efter den pågældende virksomheds overdragelse eller fusion bestemmelserne i direktivets artikel 3, stk. 1, anvendelse, og en overførsel af arbejdskontrakterne er obligatorisk.

Den franske regering har foreslået Domstolen at besvare spørgsmålet på følgende måde:

»Bestemmelserne i artikel 3, stk. 1, første afsnit, i direktiv 77/187 finder anvendelse, såfremt der sker overdragelse i henhold til aftale eller fusion af virksomheder, der er sat under særlig administration.«

4. Den italienske regering har anført, at en besvarelse af det første spørgsmål vil være overflødig på baggrund af den besvarelse, den ønsker at give af det andet spørgsmål.

Den finder det dog hensigtsmæssigt at gøre følgende bemærkninger.

Bestemmelsen i artikel 3, stk. 1, i direktivet af 14. februar 1977 skal læses og desuden ses i sammenhæng med bestemmelserne i artikel 4, stk. 1. Ifølge direktivet er en automatisk overførsel til erhververen af samtlige i den overdragne virksomhed ansatte arbejdstagere ikke absolut påbudt, idet det ikke efter direktivet er udelukket, at en overførsel af virksomheden kan efterfølges af afskedigelser, der er begrundet i de i de nævnte bestemmelser anførte forhold.

Ifølge den italienske regering indeholder artikel 3 i lovdekret nr. 835/1986 følgende ordning for de arbejdstagere, der er beskæftiget i overdragervirksomheden: Ved samtidig overførsel overgår disse arbejdstagere til ansættelse hos erhververen, idet de bevarer deres rettigheder; er overførslen ikke samtidig, fordi der er et overtal af ansatte som følge af saneringen af den overdragne virksomhed, forbliver de ansat hos overdrageren for fortsat at kunne være omfattet af CIGS-ordningen og kan, efter at være blevet omfattet af denne ordning, afskediges af de samme grunde som de i direktivets artikel 4, stk. 1, anførte. Dermed har den italienske lovgivningsmagt ønsket at undgå, at de ikke samtidig overførte arbejdstagere i det omfang, de er i overtal, muligt udsættes for at miste deres arbejde som følge af en kollektiv afskedigelse, der ellers kunne have været en mulighed og i øvrigt uundgåelig. Disse arbejdstagere kan ved fortsat at være ansat

hos den overdragende virksomhed opnå de sociale ydelser, der er fastlagt i italiensk lovgivning, i tilfælde af virksomhedskriser. De nationale regler stiller således arbejdstagerne gunstigere end direktivet.

Efter den italienske regerings opfattelse skal derfor det første præjudicielle spørgsmål besvares på følgende måde:

»En medlemsstat kan efter Rådets direktiv af 14. februar 1977 udstede bestemmelser om, at der ved overførsel af virksomheder, jf. artikel 1, stk. 1, i nævnte direktiv, kun skal ske overførsel af en del af de arbejdstagere, hvis arbejdskontrakter løber på overførselsdato, såfremt det gennem en sådan begrænsning er muligt at undgå eller udsætte afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer.«

5. Kommissionen har anført, at den nationale ret med omtalen af en »automatisk« overgang til erhververen af arbejdsforhold, der består mellem overdrageren og arbejdstagerne i vedkommende virksomhed, ikke rejser spørgsmål om den direkte virkning af direktivet af 14. februar 1977. Det, der ønskes en afgørelse af, er, om det efter direktivet er meningen, at overførslen af arbejdsforholdene sker automatisk, således at forstå, at parternes klart udtrykte vilje i så henseende ikke kan få retsvirkninger.

Ifølge Kommissionen har Domstolen tidligere klart i førnævnte dom af 10. februar 1988, Daddy's Dance Hall, fastslået, at direktivets artikel 3, stk. 1, er udtryk for en ufravigelig retsgrundsætning, der som sådan er unddraget kontraktsparternes dispositionsret, hvorfor deres viljestilkendegivelser i den forbindelse er uden retlig betydning.

Denne praksis er blevet stadfæstet i Domstolens tidligere nævnte dom af 5. maj 1988, Berg og Besselsen.

Kommissionen mener derfor, at det første præjudicielle spørgsmål skal besvares på følgende måde:

Kommissionen har tilføjet, at overførslen af arbejdsforhold kun gyldigt omfatter de kontrakter, der bestod på tidspunktet for overførslen (jf. Domstolens dom af 7.2.1985, sag 19/83, Wendelboe, Sml. s. 457 og Domstolens dom af 7.2.1985, sag 186/83, Botzen, Sml. s. 519), og om det er tilfældet, beror i første række på national ret (jf. nævnte Wendelboe-dom og Domstolens dom af 11.7.1985, sag 105/84, Mikkelsen, Sml. s. 2639) og på, hvilke arbejdstagere der er ansat i den overførte del af virksomheden (jf. ovennævnte Botzen-dom). Disse forhold synes imidlertid ikke tvivlsomme for den forelæggende ret, der udtrykkeligt nævner de med den overdragne virksomhed bestående arbejdsforhold, der bestod på tidspunktet for virksomhedens overførsel.

»Ifølge direktivets artikel 3, stk. 1, første afsnit, kræves det, at rettigheder og forpligtelser i henhold til arbejdskontrakter eller arbejdsforhold, som bestod i den overdragne virksomhed på tidspunktet for virksomhedens overførsel, overføres til erhververen, idet en eventuelt modstående viljestilkendegivelse fra parterne i så henseende er uden retsvirkninger.«

F. Grévisse
Refererende dommer