

STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA

M. POIARESE MADURA

přednesené dne 16. června 2005¹

1. Projednávaná věc znovu přivádí Soudní dvůr k upřesnění obrysů pojmu „převodu“ ve smyslu článku 1 směrnice Rady 2001/23/ES ze dne 12. března 2001 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se zachování práv zaměstnanců v případě převodů podniků, závodů nebo částí podniků nebo závodů² (Úř. věst. 82, s. 16; Zvl. vyd. 05/04, s. 98). Arbeitsgericht v Düsseldorfu (Německo) totiž Soudnímu dvoru zaslal ve dvou různých předkládacích rozhodnutích ze dne 5. května 2004 otázky týkající se použití této směrnice při změně poskytovatele služeb, pokud jde o zakázku na služby týkající se kontrol cestujících na letišti v Düsseldorfu. Konkrétněji chce předkládající soud vědět, jaké jsou důsledky poskytnutí určitých provozních prostředků zadavatelem³ ve pro-

spěch úspěšných uchazečů o veřejnou zakázku.

I – Skutkový stav, právní rámec a předběžné otázky

2. Podle smlouvy uzavřené dne 24. března/5. dubna 2000 se Spolkovou republikou Německo byla Aviation Defence International Germany Ltd pověřena kontrolami zavazadel a cestujících na letišti v Düsseldorfu. Securicor převzala plnění této smlouvy. Dopisem ze dne 5. června 2003 bylo Securicor oznámeno, že její úkol provádět kontroly nebude po 31. prosinci 2003 prodloužen, jelikož zakázku týkající se plnění úkolů letecké bezpečnosti na letišti získala společnost Kötter Security GmbH & Co. KG

1 — Původní jazyk: portugalsština.

2 — Tato směrnice kodifikuje změny směrnice Rady 77/187/EHS ze dne 14. února 1977 o sbližování právních předpisů členských států vztahujících se k zachování práv pracovníků v případě převodu podniků, závodů nebo částí závodů (Úř. věst. L 61, s. 26), přijaté směrnicí Rady 98/50/ES ze dne 29. června 1998 (Úř. věst. L 201, s. 88).

3 — Text bez odlišení uvádí pro zadavatele dva výrazy „donneur d'ordre“ (příkazce) a „adjudicateur“ (zadavatel).

(dále jen „Kötter“). Tato započala svoji činnost dne 1. ledna 2004.

3. Podle smlouvy, která se při změně úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku nezměnila, poskytuje Spolková republika Německo posledně uvedenému vybavení letecké bezpečnosti nezbytné k provádění kontrol a zajišťuje jejich údržbu. Jedná se o rámové detektory, pojízdné koberce vybavené systémem automatické prohlídky rentgenovými paprsky (zařízení pro kontrolu zavazadel a prosvěcovací přístroje), ruční detektory a detektory výbušnin.

4. Ve smlouvě je také stanoveno, že úspěšný uchazeč o veřejnou zakázku je povinen dodržovat čl. 29 písm. c) zákona o letecké dopravě odst. 1 (Luftverkehrsgesetz), podle kterého „je věcí leteckých orgánů zajišťovat ochranu proti zásahům do bezpečnosti letecké dopravy, zejména proti neoprávněným používáním letadel a sabotáží. Územní působnost leteckých orgánů se za tímto účelem vztahuje na veškerý letový prostor. Pokud plnění těchto úkolů vyžaduje osobní prohlídky, vyšetřování nebo jakoukoliv jinou formu kontroly předmětů, jsou letecké orgány oprávněny obracet se na kvalifikované osoby, jako jsou pomocní zaměstnanci, kteří jsou povinni vykonávat svoji funkci pod dohledem uvedených orgánů“⁴.

5. V důsledku toho musejí zaměstnanci úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku, přidělení k provádění kontroly, projít zvláštním čtyřtýdenním školením a složit zkoušku asistenta letecké bezpečnosti, aby získali zmocnění veřejné moci opravňující je k výkonu těchto kontrolních činností.

6. Nurten Güney-Görres a G. Demir byly ode dne 23. dubna 2000 a 7. května 2001 zaměstnány jako bezpečnostní agentky a jako takové podléhaly ustanovení čl. 29 písm. c) zákona o letecké dopravě. Securicor jim oběma zaslala dopis datovaný dne 26. listopadu 2003, kterým s účinností od 31. prosince 2003 vypovídal jejich pracovní smlouvy. Zaměstnankyně zareagovaly podáním žalob k Arbeitsgericht v Düsseldorfu, došlými soudu dne 18. prosince 2003, kterými se domáhaly určení, že jejich pracovní smlouvy by měly pokračovat s novým úspěšným uchazečem o veřejnou zakázku, protože došlo k převodu podniku.

7. Pojem převodu podniku je vymezen v čl. 1 odst. 1 směrnice 2001/23, který stanoví:

⁴ — Tento zákon je citován ve verzi vyhlášené dne 27. března 1999 (BGBl. 1999 I, s. 550), ve znění zákona ze 6. dubna 2004 (BGBl. 2004 I, s. 550).

„a) Tato směrnice se vztahuje na veškeré převody podniku, závodu nebo části

podniku nebo závodu na jiného zaměstnavatele, které vyplývají ze smluvního převodu nebo sloučení.

- b) s výhradou písmene a) a následujících ustanovení tohoto článku se převodem podle této směrnice rozumí převod hospodářské jednotky, která si zachovává svou identitu, považované za organizované seskupení prostředků, jehož cílem je vykonávat hospodářskou činnost jako činnost hlavní nebo doplňkovou⁵."

8. Do německého práva bylo toto ustanovení provedeno článkem 613a Bürgerliches Gesetzbuch, jehož první odstavec zejména stanoví, že „[j]e-li převáděn závod nebo část závodu právním aktem na jiného vlastníka, přecházejí na něj i práva a povinnosti založené pracovní smlouvou platnou ke dni převodu“.

9. Podle Arbeitsgericht v Düsseldorfu závisí převod podniku na případném převodu provozních prostředků, a sice vybavení letecké

bezpečnosti, ze Securicor na Kötter. Je přitom prokázáno, že Kötter používá stejné provozní prostředky jako Securicor, poskytnuté zadavatelem zakázky. Předkládající soud se táže, zda tato okolnost postačuje k tomu, aby mohl být přijat závěr, že došlo k převodu závodu ve smyslu článku 1 směrnice 2001/23, jak je vyložena Soudním dvorem ve věci Abler a další⁶. V posledně uvedeném rozsudku se totiž Soudní dvůr opřel o to, že zadavatelem byly poskytnuty provozní prostředky, aby došel k závěru, že mezi po sobě následujícími poskytovateli služeb došlo k převodu podniku. Pochybnosti předkládajícího soudu vyplývají rovněž z výkladu pojmu převodu podniku v judikatuře Bundesarbeitsgericht, který považuje provozní prostředky poskytnuté úspěšnému uchazeči o veřejnou zakázku za prostředky posledně uvedeného pouze v případě „vlastního hospodářského využití“⁷. V důsledku toho zaslal Arbeitsgericht v Düsseldorfu dvěma různými rozhodnutími ze dne 3. května 2004, které byly z důvodu totožnosti položených otázek usnesením předsedy Soudního dvora ze dne 9. července 2004 spojeny, Soudnímu dvoru následující otázky:

- „1) Je při přezkumu existence převodu závodu dle článku 1 směrnice 2001/23/ES – nezávisle na otázce vlastnických

6 — Rozsudek ze dne 20. listopadu 2003 (C-340/01, Recueil, s. I-14023).

7 — Rozsudek osmého senátu Bundesarbeitsgericht ze dne 11. prosince 1997 (8 AZR 426/94, BAGF 87, 296), usnesení ze dne 22. ledna 1998 (8 ABR 83/96), dosud nezveřejněné, a rozsudek ze dne 25. května 2000 (8 AZR 337/99), dosud nezveřejněný, převzatý v příloze vyjádření německé vlády.

5 — Toto vymezení je zachováno beze změn ve srovnání se zněním vyplývajícím ze směrnice 98/50.

vztahů – v případě nového zadání zakázky a v rámci celkového uvažování, podmíněno konstatování převodu provozních prostředků ze strany původního úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku na nového úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku tím, že jsou tyto prostředky přenechány posledně uvedenému pro účely vlastního hospodářského využití? Je v důsledku toho pro připuštění existence převodu provozních prostředků nezbytné, aby bylo úspěšnému uchazeči o veřejnou zakázku přiznáno oprávnění rozhodnout o jejich způsobu využití v jeho vlastním hospodářském zájmu? Je proto nutné rozlišovat podle toho, zda provozní prostředky zadavatele představují „předmět“ nebo „prostředek“ plnění poskytovaného úspěšným uchazečem o veřejnou zakázku?

b) Jedná se o vlastní hospodářské využití úspěšným uchazečem o veřejnou zakázku, používá-li v rámci kontroly cestujících na letištích rámové detektory, ruční detektory a prosvěcovací zařízení poskytnuté zadavatelem?“

10. Obě tyto otázky se týkají vymezení podmínek, za kterých lze mít za to, že došlo k převodu provozních prostředků, pokud by byly tyto prostředky poskytnuty zadavatelem po sobě následujícím úspěšným uchazečem u této zakázky.

2) V případě, že Soudní dvůr odpoví na první otázku kladně:

a) Je použití provozních prostředků k vlastnímu hospodářskému využití vyloučeno tehdy, jestliže zadavatel poskytne provozní prostředky úspěšnému uchazeči o veřejnou zakázku k pouhému užívání, a údržbu, včetně s ní spojených nákladů, zajišťuje sám?

11. Předem poznamenávám, že použitelnost směrnice 2001/23 na veřejné zakázky na služby je nepochybná. V rozsudku *Watson Rask a Christensen*⁸ Soudní dvůr totiž tuto možnost potvrdil. Rozsudky *Schmidt*⁹ a *Süzen*¹⁰ později tento výklad potvrdily. Jako příklad použitelnosti směrnice 2001/23

8 — Rozsudek ze dne 12. listopadu 1992 (C-209/91, Recueil, s. I-5755, bod 17).

9 — Rozsudek ze dne 14. dubna 1994 (C-392/92, Recueil, s. I-1311, body 12 až 14). Nicméně po tomto silně kritizovaném rozsudku Komise ve svém návrhu změn směrnice 77/187 navrhla rozlišovat mezi převodem jednotky a pouhým převodem činnosti jednotky, přičemž poslední uvedený případ nespadá do rozsahu působnosti směrnice. Navzdory odporu Evropského parlamentu Komise Evropských společenství změnila svůj původní návrh a zrušila toto ustanovení. Nicméně rozsudek ze dne 11. března 1997, *Süzen*, (C-13/95, Recueil, s. I-1259) přebírá rozlišení mezi jednotkou a „pouhou činností“.

10 — Výše uvedený rozsudek.

na změnu v osobě úspěšných uchazečů o veřejnou zakázku je možné dále uvést věci Hidalgo a další¹¹, Hernandez Vidal a další¹², Allen a další¹³, Liikenne¹⁴, Temco¹⁵ a nakonec výše uvedenou věc Alber a další.

nou pracovníků¹⁸ a jednak uskutečňováním jednotného trhu¹⁹.

12. Ačkoliv judikatura k tomuto tématu je bohatá, diskuse o pojmu převodu podniku není nicméně uzavřena, protože generální advokáti nadále Soudnímu dvoru předkládají argumentace směřující ke zpochybnění jeho extenzivního výkladu tohoto pojmu¹⁶. Judikatura se občas úporně snaží nalézt zřetelnou demarkační čáru mezi převodem činnosti a převodem podniku¹⁷. Přitom tato meze je zárukou rovnováhy mezi dvěma cíly sledovanými směrnicí 2001/23, a sice ochra-

13. Aby si jednotka zachovala svoji identitu i po převodu, musí předem existovat jako jednotka samostatná²⁰. Na rozdíl od obrany Kötter při jednání nemám pochybnosti o existenci hospodářské jednotky určené k provádění kontroly na letištích v Düsseldorfu. Nicméně, aby bylo možné odpovědět na otázky předkládajícího soudu, je třeba nejprve stanovit, zda prostředky poskytnuté zadavatelem tvoří součást převáděné jednotky, tedy posoudit, zda tyto prostředky poskytnuté Securicor jsou jí přičitatelné. Účel poskytnutí bude pro tento rozbor určující. Poté se budu ve svých úvahách zabývat otázkou zachování identity jednotky.

11 — Rozsudek ze dne 10. prosince 1998 (C-173/96 a C-247/96, Recueil, s. I-8237).

12 — Rozsudek ze dne 10. prosince 1998 (C-127/96, C-229/96 a C-74/97, Recueil, s. I-8179).

13 — Rozsudek ze dne 2. prosince 1999 (C-234/98, Recueil, s. I-8643).

14 — Rozsudek ze dne 25. ledna 2001 (C-172/99, Recueil, s. I-745).

15 — Rozsudek ze dne 24. ledna 2002 (C-51/00, Recueil, s. I-969).

16 — Například podle generálního advokáta Geelhoeda musí být skutkové okolnosti ve výše uvedené věci Abler a další posuzovány jako „ztráta zakázky původním poskytovatelem služeb“ a získání zakázky novým poskytovatelem služeb“ (bod 54), a nikoli jako převod podniku. V bodu 38 svého stanoviska ve výše uvedené věci Temco generální advokát Geelhoed tak trvá na důležitosti hospodářských souvislostí a tvrdí, že „dynamika zakázky může být ohrožena, pokud s příslušnou pružností připustíme, že jde o převod ve smyslu směrnice“.

17 — Do rozsahu působnosti směrnice 2001/23 spadá pouze převod podniku. Převod činnosti je jedním z prvků zakládajících převod podniku. Proto, aby došlo k převodu podniku, je mimoto důležité, aby byla převedena rovněž stabilní hospodářská jednotka, nosič činnosti. K pojmu hospodářské jednotky viz zejména stanovisko generálního advokáta van Gervena ve výše uvedené věci Schmidt, body 13 a 14; Pochet, P., *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit Social, 1994, s. 931, a O'Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, s. 259.

18 — Viz v poslední době rozsudek ze dne 26. května 2005, Celtec (C-478/03, body 26 a 27, Sb. rozh. s. I-4389). Viz také Mertens de Wilmars, J., a Nyssens, H., „Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen“, *Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, s. 557.

19 — Směrnice 2001/23 bere obecněji v úvahu hospodářské požadavky, protože v jejím čl. 5 odst. 1 je stanoveno, že ji nelze v zásadě použít, pokud je předmětem konkurzního řízení nebo obdobného úpadkového řízení. K rovnováze mezi dvěma cíli sledovanými směrnicí, Kenner, J., *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, s. 352.

20 — Judikatura je ustálená: rozsudky Süzen, uvedený výše, bod 13; ze dne 19. září 1995, Rygaard (C-48/94, Recueil, s. I-2745, bod 20); Liikenne, uvedený výše, bod 31, a Abler a další, uvedený výše, bod 30.

II – Úvodní úvahy ohledně převodu provozních prostředků zadavatelem poskytovatelům služeb

14. Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda provozní prostředky poskytnuté zadavatelem tvoří součást převoditelné hospodářské jednotky. Je možné se domnívat, jak to učinil vnitrostátní soud, že výše uvedený rozsudek Abler a další přináší odpověď na tuto otázku?

15. Z judikatury sice vyplývá, že k uskutečnění převodu movitých prostředků nebo nemovitostí není nezbytné, aby došlo k převodu vlastnického práva. Například ve věci Redmond Stichting²¹ si sdružení, příjemce obecní dotace, Redmond Stichting, poté Sigma, pronajalo od obce nemovitost. Soudní dvůr zahrnul mezi prvky umožňující prokázat existenci převodu skutečnost, že „nemovitost pronajatá Redmond je pronajatá Sigma“²². To, že nebylo převedeno vlastnické právo z jednoho poskytovatele služeb na jiného, tak nebrání tomu, aby mohlo dojít k převodu prostředků, pokud je konstatováno,

že dotčené prostředky tvoří část převoditelné jednotky²³.

16. Otázka, za jakých okolností poskytnutí prostředků zadavatelem znamená začlenění těchto prostředků do převoditelné jednotky poskytovatele služeb, je citlivější. Judikatura se k této otázce nevyjadřuje jasně. Naopak, je rozdílná.

17. V rámci změny podniků v provádění úklidových služeb se rozsudek Süzen, aniž by se přímo vyjádřil, spokojil s uvedením, že identita hospodářské jednotky vyplývá z takových prvků, jako jsou případně „provozní prostředky“ poskytnuté zadavatelem²⁴.

18. Po vydání tohoto rozsudku se zdálo, že se Soudní dvůr znovu váhal vyjádřit ve věci Watson Rask a Christensen²⁵. Společnost Philips poprvé svěčila provozování své podnikové jídelny externímu poskytovateli služeb. Poskytla ISS Kantineservice bez peněžitého protiplnění prodejní a výrobní prostory, schválené posledně uvedenou, potřebné vybavení k provozování jídelny, elektřinu,

21 — Rozsudek ze dne 19. května 1992 (C-29/91, Recueil s. I-3189).

22 — Bod 26 rozsudku. V bodu 13 svého stanoviska se generální advokát van Gerven domnívá, že „také *de facto* došlo k převodu hmotných prostředků v tom smyslu, že budova pronajatá Sophii Redmond od obce Groningen byla dána do pronájmu Sigma ode dne 1. ledna 1991“.

23 — Viz také výše uvedený rozsudek Abler a další, bod 42, a rozsudek Soudního dvora ESVO ze dne 10. prosince 2004, Rasmussen (E-2/04, dosud nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí).

24 — Výše uvedený rozsudek, bod 15.

25 — Výše uvedený rozsudek.

teplou vodu a telefon a zavázala se zajišťovat obecnou údržbu prostor a vybavení, jakož i odvoz odpadu²⁶. V bodě 6 svého stanoviska měl generální advokát Van Gerven za to, že tato situace musí být posouzena tak, že „nedošlo k převodu movitých věcí ze strany společnosti Philips“. Soudní dvůr pouze konstatoval, že se směrnice 77/187 vztahuje na situaci, ve které existuje externí prvek, a zároveň se domníval, že poskytnutí provozních prostředků zadavatelem je součástí „různých výhod, jejichž podmínky jsou určeny uzavřenou smlouvou“²⁷ mezi oběma podniky.

19. Nicméně se zdá, že odpověď na otázku ohledně důsledků spojených s poskytnutím prostředků zadavatelem byla poskytnuta ve výše uvedeném rozsudku Temco. V uvedeném případě společnost Volkswagen poskytovala podnikům provozujícím úklidové služby, se kterými měla uzavřené smlouvy, prostředky nezbytné k průmyslovým úklidovým pracím jeho zařízení. Soudní dvůr připustil rozbor vnitrostátního soudu, který z tohoto prvku vyvodil, že nedošlo k postoupení provozních prostředků z jednoho poskytovatele služeb na jiného²⁸. Nic totiž nebrání tomu, aby poskytnuté provozní prostředky byly používány úspěšným uchazečem o zakázku a poté jeho nástupcem, aniž by tvořily součást převoditelné jednotky.

20. Nicméně na rozdíl od toho, co se zdá být stanoveno v uvedeném rozsudku, Soudní dvůr zvolil rozdílný přístup ve svém výše uvedeném rozsudku Abler a další, v němž uznal, že v určitých případech poskytnutí prostředků zadavatelem může mít za následek převod prostředků mezi poskytovateli služeb. V uvedené věci, týkající se zajištění restauračních služeb v nemocnici, kdy došlo ke změně dvou poskytovatelů služeb, totiž spravující orgán poskytovatelům služeb poskytl samotné prostory, jakož i vodu, energii a nezbytné drobné i větší vybavení. Soudní dvůr konstatoval, že „hmotné prostředky nezbytné pro dotčenou činnost [...] byly převzaty Sodexho“²⁹. Přitom, jak uvedla německá vláda při jednání, tento závěr nutně znamená, že dotčené hmotné prostředky byly součástí převoditelné jednotky, ačkoli si k nim nemocnice zachovala vlastnické právo³⁰.

21. I když tak ve výše uvedené věci Temco poskytnutí provozních prostředků zadavatelem nemělo za následek zahrnutí těchto prostředků do převoditelné jednotky, bylo v rozsudku Abler a další dosaženo opačného závěru³¹. Je znepokojující, že tento rozpor není výsledkem použití kritéria, které by umožnilo oba případy rozlišit. Naopak, jak

26 — Výše uvedený rozsudek Watson Rask a Christensen, bod 6.

27 — Výše uvedený rozsudek Watson Rask a Christensen, první bod výroku.

28 — Stanovisko ve výše uvedené věci Temco, bod 25. Poznámám, že Soudní dvůr v uvedené věci došel k závěru, že došlo k převodu podniku z jednoho poskytovatele služeb na jiného z důvodu převzetí podstatných pravomocí personálu novým poskytovatelem.

29 — Výše uvedený rozsudek Abler a další, bod 36.

30 — Poznámám, že generální advokát Geelhoed navrhl v bodě 77 svého stanoviska opačné řešení: „vzhledem k tomu, že zadavatel je vlastníkem těchto produkčních prostředků, bude opět tyto věci užívat, pokud bude smlouva ukončena. V projednávané věci tedy nemůžeme hovořit o převodu prostředků“.

31 — Tento závěr by mohl být vysvětlen tím, že vyplývá z vůle Soudního dvora zabránit, aby strany smluvně vylučovaly použití směrnice 77/187.

avedla německá vláda ve svých ústních vyjádřeních, zdá se mi, že tento rozpor v judikatuře může být vykládán jako výsledek neexistence účinného kritéria.

23. Mimoto, jak uvedli Kötter a německá vláda při jednání, hospodářské důsledky takového zobecnování nepodložené konsistentním kritériem by mohly být zvlášť významné, protože prvky, ohledně kterých dochází mezi poskytovateli služeb k hospodářské soutěži, by byly výrazně zmenšeny: automatické uznání převodu podniku mezi poskytovateli služeb znamená přeměnu nákladů na personál na pevné náklady. Prostor pro volné uvážení, kterým by disponovali potenciální konkurenti v rámci soutěže o veřejnou zakázku, by byl omezen na minimum, protože by se týkal pouze organizace pravomocí personálu³⁴.

22. S ohledem na toto váhání judikatury a na rozdíl od toho, co tvrdí Securicor, je třeba se vyvarovat zobecnování, jež s sebou nese, že všechna poskytnutí provozních prostředků zadavatelem by znamenala zahrnutí uvedených prostředků do převoditelné jednotky. V tomto případě by, jak uvedla německá vláda při jednání, jakákoli změna poskytovatelů služeb za účelem provedení zakázky byla kvalifikována jako převod podniku, pokud by byla splněna jediná podmínka, že provozní prostředky byly poskytnuty zadavatelem. Pouhá ztráta zakázky ve prospěch konkurenta by tudíž mohla být pokládána za převod podniku³², v rozporu s ustálenou judikaturou Soudního dvora. Demarkační čára mezi převodem podniku a převodem činnosti by tak byla znova narušena³³.

24. Protože v judikatuře chybí jasné rozlišovací kritérium, navrhuje předkládající soud podporovaný německou vládou, aby otázka, zda prostředky poskytnuté zadavatelem jsou, nebo nejsou přičitatelné úspěšnému uchazeči o veřejnou zakázku, který je používá, závisela na pojetí „vlastního hospodářského využití“.

32 — Výše uvedený rozsudek Sützen, bod 16: „Pouhá ztráta zakázky na službu ve prospěch konkurenta nemůže tedy sama o sobě způsobovat převod ve smyslu směrnice. V takové situaci podnik poskytující služby, kterému byla dříve zakázka zadána, pokud ztratí zákazníka, neztrácí celou svou klientelu, aniž by bylo možné se domnívat, že na nového úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku byly postoupeny jeho závody, nebo části závodů.“

33 — K nebezpečí tohoto zmatení viz například publikace Déprez, J., RJS, 1995, č. 5, s. 315 ; nebo také Bailly, P., *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail*, Droit Social, 2004, s. 366. č.

34 — More, G., „The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility?“, *New Legal Dynamics of European Union*, 1995, s. 129.

III – Kritérium vlastního hospodářského využití

25. Podle judikatury Bundesarbeitsgericht se při použití kritéria vlastního hospodářského využití stávají provozní prostředky poskytnuté zadavatelem nedílnou součástí převoditelné hospodářské jednotky za podmínky, že poskytovatel služeb měl možnost svobodně spravovat tyto prostředky v závislosti na svém vlastním zájmu.

26. Podle předkládajícího soudu a německé vlády toto kritérium umožňuje vysvětlit postoj zaujatý Soudním dvorem ve věci Abler a další³⁵. Sodexho totiž svobodně hospodářsky spravovala kuchyni, která jí byla dána k dispozici. Jednala, sledujíc svůj vlastní hospodářský zájem, pokud jde o sestavování jídelních lístků a dodávání jiným zákazníkům nežli nemocnici. Mimoto náklady na údržbu hradil uživatel provozních prostředků. Oproti tomu, tvrdí německá vláda, v projednávaném případě nemohou být kontrolní nástroje cestujících poskytnuté Securicor považovány za součást převoditelné jednotky, protože při jejich užívání neměla žádný prostor pro volné uvážení.

27. Před zhodnocením patřičnosti kritéria navrhovaného předkládajícím soudem je třeba se odvolat na znění čl. 1 odst. 1 písm. b) směrnice 2001/23, který vymezuje hospodářskou jednotku jako „organizované seskupení prostředků, jehož cílem je vykonávat hospodářskou činnost jako činnost hlavní nebo doplňkovou“. Nic ve znění tohoto článku nepředepisuje nebo nebrání vytvoření kritéria umožňujícího určení případů, ve kterých poskytnutí provozních prostředků ve skutečnosti znamená „převod“ těchto prostředků ze zadavatele na úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku.

28. Nicméně se z následujících důvodů domnívám, že kritérium vlastního hospodářského využití, jak je navrhováno předkládajícím soudem, je neúčinné.

29. Předně se kritérium navrhované předkládajícím soudem neopírá o žádné odůvodnění právními předpisy. Rozdíl mezi situací, kdy jde o vlastní hospodářské využití, a situací bez tohoto typu využití totiž není konstruován ani za účelem zajištění ochrany pracovníků, ani za účelem umožnění usku-tečňování vnitřního trhu. Pro toto rozdílné zacházení neexistuje žádné odůvodnění. Nedostatek souvislosti s jedním z cílů sledovaných směrnicí 2001/23 podřívá věrohodnost navrhovaného kritéria.

35 – Německá doktrína naopak poukázala na nebezpečí rozporu mezi rozsudkem Abler a další a kritériem vlastního hospodářského využití: Adam, R., *Betriebsübergang – Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatsbestandsmerkmal des § 613a BGB*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 2004, č. 16, s. 909; Willemssen, H. J., a Annuss, G., *Auftragsnachfolge – jetzt doch ein Betriebsübergang?*, Der Betrieb, 2004, č. 3, s. 134.

30. Zadržet nicméně nestačí konstatovat, že kritérium vlastního hospodářského využití znamená v některých případech omezení rozsahu působnosti směrnice 2001/23 s cílem její použitelnost vyloučit. Ačkoli je nesporné, že cílem uvedené směrnice je především ochrana pracovníků, směřuje také k uskutečnění vnitřního trhu, o čemž svědčí její přijetí na základě článku 94 ES. Nemůže proto být tvrzeno, jako to činí Komise a Securicor, že by duch nebo užitečný účinek směrnice 2001/23 byly zpochybněny na základě pouhé skutečnosti, že se nevztahuje na všechny situace změny poskytovatelů služeb, ale pouze na ty, které odpovídají převodu podniku³⁶.

31. Zatřetí, přestože je nesporné, že Securicor má méně možností pro využití kontrolních pomůcek, než by měl podnik provozující jídelnu, pokud jde o kuchyň, vyplývá z toho, že by k převodu prostředků došlo pouze v druhém případě. Jak uvedla Komise při jednání, rozdílem mezi oběma situacemi je otázka stupně: obě společnosti si pomocí provozních prostředků, které mají

k dispozici, svým způsobem organizace činnosti udržují určitý stupeň pružnosti³⁷.

32. Mimoto kritérium vlastního hospodářského využití představuje nebezpečí, že budou vyvolány kazuistické diskuse, jejichž výsledky budou podniky moci k újmě právní jistoty jen s obtížemi předvídat. V tomto ohledu stačí odkázat na rozsudek vydaný Bundesarbeitsgericht ze dne 25. května 2000, připojený v příloze k vyjádřením předloženým německou vládou, aby bylo možné konstatovat, že toto kritérium skutečně vyžaduje podrobný rozbor samostatnosti přiznané smlouvou o poskytování služeb podniku pověřenému tímto poskytováním. Jelikož přitom všichni poskytovatelé služeb nezbytně využívají určité hospodářské samostatnosti v vztahu k zadavateli, toto kritérium neumožňuje vymezit, ve kterých případech dochází k převodu prostředků.

33. Sdílím konečně názor Komise, která se domnívá, že kritérium vlastního hospodářského využití by přiznávalo smluvním ustanovením sjednaným mezi zadavatelem a poskytovatelem služeb přílišný význam. Pokud by se obsah ujednané smlouvy stal rozhodujícím pro přijetí kvalifikace převodu

36 — Toto rozlišení je shodné s tím, které bylo uvedeno výše mezi převodem činnosti a převodem podniku.

37 — Viz také výše uvedený rozsudek Hidalgo a další, bod 27: „Existence dostatečně strukturované a samostatné jednotky v rámci podniku, kterému byla zadána zakázka, v zásadě není ovlivněna, ostatně častou, okolností, že tento podnik podléhá konkrétním povinnostem, jež jsou mu uloženy zadavatelem. Ačkoliv vliv, který má zadavatel na službu poskytovanou poskytovatelem může být rozsáhlý, poskytovatel si nicméně obvykle zachovává určitou, i když omezenou, svobodu za účelem organizace a poskytování dotčené služby, aniž by jeho úkol mohl být vykládán jako pouhé poskytnutí jeho personálu zadavateli.“

podniku, bylo by smluvním stranám umožněno obejít použití směrnice 2001/23. Zohlednění smluvních ustanovení mezi zadavatelem a poskytovatelem služeb, kterému byla zakázka zadána, musí oproti tomu být zahrnuto do objektivního posouzení různých okolností projednávaného případu³⁸.

34. V konečném výsledku nemůže *automaticky* vyplývat ze smluvního ustanovení, které stanoví poskytnutí prostředků zadavatelem, že mezi oběma poskytovateli došlo k převodu prostředků. Vyplývala by z toho jen záměna mezi zachováním činnosti a zachováním podniku³⁹. Pouhé poskytnutí prostředků zadavatelem totiž nemůže mít za následek převod podniku mezi poskytovateli služeb.

35. S ohledem na tyto úvahy se mi zdá, že kritérium vlastního hospodářského využití není účinné, protože jednak neumožňuje vymezit případy, ve kterých se provozní prostředky, ačkoli poskytnuté zadavatelem, stávají ve skutečnosti součástí odlišné hospodářské jednotky, a jednak není odůvodněno právními předpisy.

36. Komise a Securicor ve světle svého výkladu ve výše uvedené věci Abler a další předestírají, že rozhodující otázkou je, zda poskytnuté provozní prostředky jsou nezbytné ke spornému poskytování služeb. Toto alternativní kritérium nicméně opomíjí neexistenci výběru ponechaného úspěšnému uchazeči o veřejnou zakázku, který je, jakmile jednou získal zakázku, vázán podmínkami stanovenými smlouvou uzavřenou se zadavatelem. Mimoto se zdá logické předpokládat, že zadavatel poskytne poskytovateli služeb pouze provozní prostředky nezbytné k realizaci zakázky, která mu byla zadána.

37. Mimoto, i když Soudní dvůr opravdu uvedl ve výše uvedeném rozsudku Abler a další, že prostředky poskytnuté úspěšnému uchazeči o veřejnou zakázku, a sice různé kuchyňské vybavení, byly nezbytné pro realizaci uvedené zakázky, tedy dodávky jídla, nic v uvedeném rozsudku nesvědčí o tom, že tento rys byl rozhodující. Konečně, toto kritérium by nemohlo vyřešit rozpor zmíněný mezi výše uvedenými věcmi Abler a další a Temco, protože prostředky poskytnuté zadavatelem v posledně uvedené věci byly také nezbytné pro poskytování služeb.

38 — Rozsudek ze dne 18. března 1986, Spijkers (C-24/85, Recueil, s. I-1119, bod 13).

39 — Jde o nebezpečí skryté ve výše uvedeném rozsudku Abler a další, který může být vykládán tak, že zakládá převod podniku na pouhé okolnosti, že provozní prostředky byly poskytnuty poskytovateli služeb zadavatelem. Nicméně není vyloučeno, že poskytnuté prostředky by mohly být převedeny z jednoho poskytovatele služeb na jiného, zejména za účelem vyhnout se tomu, že se smluvní strany budou snažit vyloučit použitelnost směrnice 2001/23 na jejich plnění.

38. Ačkoli ani kritérium navrhované předkládajícím soudem, ani kritérium obhajované Komisí a Securicor, se mi z výše uvedených

důvodů nezdá být přesvědčivé, je nadále nutné upřesnit, zda poskytnutí prostředků zadavatelem musí mít vliv na určení převodu podniku mezi poskytovateli služeb.

39. V případě, že jsou mezi zadavatelem a po sobě následujícími poskytovateli služeb uzavřeny shodné smlouvy o poskytnutí služeb, jsou obrysy převoditelné hospodářské jednotky především obtížně rozeznatelné, protože mnoho prvků této jednotky je určeno smlouvou. Nicméně smlouvě uzavřené v rámci zakázky je inherentní, že klientela poskytovatele služeb zůstává stejná. Stejně tak jsou poskytnuté prostředky z pohledu následných poskytovatelů služeb konstantou v rovnici, kterou musí vyřešit, aby podali nabídku, právě tak, jako například umístění nebo plán letiště v Düsseldorfu v případě Securicor a Kötter. Stejně provozní prostředky poskytnuté zadavatelem budou totiž používány všemi následnými poskytovateli služeb zbavenými v tomto ohledu prostoru pro volné uvážení. Jinými slovy, poskytnuté prostředky nespádají do oblasti kontroly následných poskytovatelů služeb, a v důsledku toho nemohou být považovány za součást převoditelné hospodářské jednotky.

40. Proto je k určení existence převodu podniku v projednávaném případě třeba při

použití kritérií vymezených rozsudkem Spijkers⁴⁰, soustředit rozbor na prvky hospodářské jednotky, jež jsou vlastní poskytovateli služeb. Pouze tímto způsobem je možné se ujistit, že se převod v souladu se zněním a cílem článku 1 směrnice 2001/23 týká samostatné hospodářské jednotky. Jelikož se zakládá pouze na problematice vlastního hospodářského využití, je třeba na první otázku položenou vnitrostátním soudem odpovědět záporně. V důsledku toho bude odpověď na druhou otázku také záporná.

41. Vzhledem k tomu, že ve věcech projednávaných před Arbeitsgericht v Düsseldorfu jsou provozní prostředky nezbytné k provádění kontrolních činností svěřených Securicor a poté Kötter poskytnuty Spolkovou republikou Německo, existence převodu podniku mezi těmito dvěma poskytovateli služeb bude muset být prokázána na prvcích odlišných od tohoto poskytnutí.

42. Jak poznamenává německá vláda ve svých písemných vyjádřeních, otázky vnitrostátního soudu se tak týkají pouze jednoho z prvků užitečných pro posouzení převodu. Z navrhované odpovědi však vyplývá, že

40 — Výše uvedený rozsudek, bod 13: „je třeba vzít v úvahu všechny skutkové okolnosti charakterizující dotčenou operaci, mezi kterými se objevují zejména typ podniku nebo závodu, o který jde, převedení nebo nepřevedení takových hmotných prostředků, jako jsou budovy a nemovitosti, hodnota nehmotných prostředků v době převodu, převzetí nebo nepřevzetí podstatné části původních pracovníků novým vedením podniku, převedení nebo nepřevedení klientely, stupeň podobnosti činností vykonávaných před a po převodu a délka případného pozastavení těchto činností“.

tento prvek, převod poskytnutých provozních prostředků, nemusí být určující. S přihlédnutím k obsahu spisu a aby byla předkládajícímu soudu pro vyřešení projednávané věci poskytnuta užitečná odpověď, je tedy třeba posoudit důsledky navrhovaného rozboru pro okolnosti projednávaného případu.

IV – Důsledky navrhovaného rozboru pro projednávaný případ

43. Před tím, než přikročím k přezkumu okolností věci, je nezbytné připomenout podmínky, za kterých může dojít k převodu podniku v případě, že nebyly převedeny provozní prostředky.

44. Ve výše uvedené věci Redmond Stichting se jedna z otázek položených v žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce týkala důsledků neexistence převodu movitých věcí. Soudní dvůr uvedl, zcela přenechávaje vnitrostátnímu soudu starost o zařazení tohoto prvku do celkového zhodnocení, že se nezdá, že by tento nedostatek sám o sobě „mohl bránit použitelnosti směrnice“.

45. Nicméně ve výše uvedené věci Liikenne Soudní dvůr poté, co shledal, že nedošlo k převodu provozních prostředků mezi dvěma autobusovými společnostmi, vyloučil

použití směrnice 2001/23, ačkoli část zaměstnanců byla převedena z jednoho podniku na jiný.

46. Tato zdánlivě protichůdná rozhodnutí svědčí o významu předchozího určení povahy činnosti dotčené případným převodem. Relevantní prvky pro stanovení existence převodu podniku totiž závisejí na typu činnosti vykonávané hospodářskou jednotkou⁴¹.

47. Toto kritérium bylo Soudním dvorem zavedeno ve spojitosti s činnostmi zakládajícími se především na pracovní síle a jejich pravomocích a dovedlo jej k závěru, „že kolektiv pracovníků, který trvale slučuje společná činnost, může odpovídat hospodářské jednotce“⁴². Z toho pro činnost tohoto typu vyplývá, že „je nutné připustit, že jednotka je způsobilá zachovat si svoji identitu i po převodu tehdy, kdy se nové vedení podniku nespokojí s pokračováním v dotčené činnosti, ale převezme rovněž, pokud jde o počet a pravomoci, podstatnou část pracovníků, které jeho předchůdce speciálně přidělil pro tento úkol“⁴³.

41 – Výše uvedené rozsudky Süzen, bod 18; Hernandez Vidal a další, bod 31; Hidalgo bod 31; Liikenne, bod 35; Abler a další, bod 35.

42 – Výše uvedený rozsudek Süzen, bod 21. Cílem zavedení tohoto rozlišení Soudním dvorem je zabránit tomu, aby ochrana poskytovaná pracovníkům byla menší, jsou-li zaměstnání v odvětví, kde pracovní síla tvoří podstatný prvek.

43 – Tamtéž.

48. Naproti tomu, pokud dotčená činnost nespočívá především v pracovní síle a jejích pravomocích, podléhá existence převodu podniku v podstatě zjištění, zda mezi podniky došlo k převodu prostředků⁴⁴.

49. Z této judikatury vyplývá, že pro účely stanovení, zda došlo k převodu podniku, je třeba předem kvalifikovat typ dotčené činnosti. Ostraha vozovny sanitních vozů Bundeswehr (spolková armáda) byla kvalifikována jako činnost spočívající především v pracovní síle a jejích pravomocích⁴⁵. Jak uvádí Securicor ve svých písemných vyjádřeních, v projednávané věci vyžaduje kontrolní činnost uvnitř letiště oproti jednoduché činnosti ostrahy specializované a technicky složité prostředky. Ale v rozporu s tím, co připouští Securicor, povinnost výsledku uložená podniku pověřenému kontrolou bezpečnosti na letišti se nezdá být relevantní za účelem odlišení dotčené činnosti od činnosti ostrahy, protože nemá vliv na organizaci dotčené hospodářské jednotky.

50. Ačkoli rozbor významu, který je třeba přisuzovat jednotlivým kritériím existence převodu ve smyslu směrnice 2001/23, je v poslední řadě věcí předkládajícího soudu, zdá se, že se spisu vyplývá, že zvláštní prostředky poskytnuté zadavatelem a kvalifikovaný personál tvoří hospodářskou jednotku, jejíž činností je kontrola zavazadel a cestujících na letišti.

51. Protože přitom specializované kontrolní prostředky jsou v každém případě poskytovány po sobě následujícím poskytovatelům služeb zadavatelem, je třeba ověřit, zda se převzetí personálu mezi Securicor a Kötter týká podstatné části původních pracovníků přidělených k realizaci zakázky, pokud jde o jejich počet a pravomoci⁴⁶.

52. Na první pohled se zdá paradoxní činit závěr, že došlo k převodu podniku, závislým na převzetí personálu a jeho pravomocí jedním zaměstnavatelem od druhého, přestože je to v podstatě důsledek vyplývající

44 — Pro ilustraci Soudní dvůr uvedl, že „autobusová doprava nemůže být považována za činnost spočívající především v pracovní síle, jelikož vyžaduje hmotné prostředky a vybavení“ (výše uvedený rozsudek Liikenne, bod 39). V důsledku toho „musí vést neexistence převodu takových prostředků v podstatném rozsahu, jež jsou nezbytné ke správnému fungování jednotky, z původního na nového úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku, ke zjištění, že nejde o zachování identické jednotky“ (výše uvedený rozsudek Liikenne, bod 42). K převodu podniku mezi oběma společnostmi vykonávajícími autobusovou dopravu nedošlo, protože druhá společnost nepřevzala dopravní prostředky té první.

45 — Výše uvedený rozsudek Hidalgo, bod 26.

46 — Toto kritérium je vytvořeno výše uvedeným rozsudkem Süzen, a převzato výše uvedeným rozsudkem Temco, bod 33.

z zjištění, zda došlo k převodu podniku⁴⁷. Nicméně toto kritérium je zahrnuto v obecném rozboru okolností. Stává se důležitým pouze v případě neexistence převodu prostředků, pokud je nutné určit jiné prvky, které by mohly tvořit převoditelnou jednotku. Mimoto se neváže striktně na převod personálu jako takového, ale spíše na převod jeho specifických pravomocí, které jsou považovány za organizovanou jednotku. Cílem je zabránit tomu, aby smluvní strany převodu měly možnost vyloučit použití směrnice 2001/23.

53. Mimoto, pokud je důsledkem kvalifikace převodu podniku ve smyslu článku 1 směrnice 2001/23 to, že zaměstnavatel převedené jednotky je povinen zachovat pracovní smlouvy⁴⁸, nic nebrání nicméně tomu, aby provedl reorganizaci zahrnující, případně, také propouštění s výhradou, že nejsou v přímé souvislosti s převodem podniku⁴⁹.

54. Konečně argument Spolkové republiky Německo, podle kterého by zachování smluv v Německu mělo zvláštní důsledky z důvodu neohebnosti platného pracovního práva, je neúčinný. Z ustálené judikatury totiž vyplývá, že se členský stát nemůže dovolávat svého vnitrostátního práva za účelem vyloučení použití směrnice Společenství.

55. Není sporné, že Kötter převzala 167 z 295 zaměstnanců předtím zaměstnaných Securicor a přidělených k výkonu kontrol cestujících a zavazadel na letišti v Düsseldorfu na účet Spolkové republiky Německo. Tito zaměstnanci byli speciálně proškoleni, aby byli schopni vykonávat úkoly kontroly, které jim byly svěřeny.

56. Není tak možné vyloučit, že Kötter převzala podstatnou část pravomocí personálu svého předchůdce. Pokud tomu tak je, a s výhradou přezkumu všech relevantních okolností vnitrostátním soudem, se zdá, že existuje několik skutečností umožňujících dojít k závěru, že došlo k převodu podniku ze Securicor na Kötter ve smyslu směrnice 2001/23.

47 — Viz například bod 80 stanoviska generálního advokáta Cosmase ve výše uvedené věci *Hernandez Vidal* a další. Nauka tak zmiňuje paradox: *Davies Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again* 1997, 26 ILJ 193; Engels, C., a Salas, L., „Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?”, *Labour Law and Industrial Relations at the turn of the century*, 1998, s. 275, a Garde, A., *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 CMLRev., 2002, s. 523. Gomes, J., v *Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, s. 213 představuje přesvědčující protiaargument ve sledu uvažování v jeho komentáři k výše uvedené věci *Abler* a další. Zdůrazňuje, že dotčené podniky mají nutně možnost se rozhodnout, kterých provozních prostředků se jejich transakce týká.

48 — Článek 3 směrnice 2001/23.

49 — Článek 4 směrnice 2001/23. Viz také Hunt, J., *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, s. 336.

V – Závěry

57. V důsledku toho navrhuji Soudnímu dvoru, aby na otázky položené Arbeitsgericht v Düsseldorfu odpověděl následovně:

„V případě nového zadání zakázky při neexistenci převodu provozních prostředků z jednoho poskytovatele služeb na druhého, pokud zadavatel poskytne po sobě následujícím úspěšným uchazečům o veřejnou zakázku provozní prostředky nezbytné k realizaci zakázky, nepodléhá existence převodu podniku z jednoho poskytovatele služeb na druhého ve smyslu článku 1 směrnice Rady 2001/23/ES ze dne 12. března 2001 o sbližování právních předpisů členských států týkajících se zachování práv zaměstnanců v případě převodů podniků, závodů nebo částí podniků nebo závodů, podmínce, že tyto prostředky jsou poskytovatelem služeb převedeny pro účely vlastního hospodářského využití, ale musí být posouzena jako zakládající se na jiných skutečnostech, než je toto poskytnutí provozních prostředků, přímo přiřitatelných poskytovateli služeb, jako převod podstatné části pravomocí personálu.“