

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

fremsat den 16. juni 2005¹

1. Denne sag giver Domstolen anledning til endnu en gang at præcisere omfanget af begrebet »overførsel« i den forstand, hvori det er anvendt i artikel 1 i Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter² (EFT L 82, s. 16). Arbeitsgericht Düsseldorf (Tyskland) har nemlig i to forskellige forlæggelsesafgørelser af 5. maj 2004 forelagt Domstolen nogle spørgsmål om anvendelsen af dette direktiv, når en tjenesteyder overtager en tjenesteydelsesopgave vedrørende passagerkontrol i Düsseldorf lufthavn efter en anden. Helt konkret ønsker den nationale ret oplyst, hvilke konsekvenser det har, at udbyderen³ stiller

visse driftsmidler til rådighed for ordremodtagerne.

I — Faktiske omstændigheder, relevante retsforskrifter og de præjudicielle spørgsmål

2. I henhold til en kontrakt indgået den 25. marts/5. april 2000 med Forbundsrepublikken Tyskland varetog Aviation Defence International Germany Ltd bagage- og passagerkontrol i Düsseldorf lufthavn. Securicor Aviation (Germany) Ltd (herefter »Securicor«) overtog udførelsen af denne kontrakt. Ved skrivelse af 5. juni 2003 blev det meddelt Securicor, at selskabets kontrolopgaver ikke ville blive forlænget efter den 31. december 2003, da selskabet Kötter Aviation Security & Co. KG (herefter »Kötter«) havde vundet udbuddet vedrørende flysikkerhedskontrol-

1 — Originalsprog: portugisisk.

2 — Dette direktiv er en kodificering af ændringerne af Rådets direktiv 77/187/EØF af 14.2.1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter (EFT L 61, s. 26), der er gennemført ved Rådets direktiv 98/50/EF af 29.6.1998 (EFT L 201, s. 88).

3 — Betegnelserne »ordregiver« og »udbyder« er i det følgende anvendt i samme betydning.

len i lufthavnen. Kötter påbegyndte dette arbejde den 1. januar 2004.

3. I henhold til kontraktvilkårene, som ikke er blevet ændret i forbindelse med ændringen af ordremodtager, stiller Forbundsrepublikken Tyskland det luftfartssikkerhedsudstyr til rådighed for ordremodtager, som er nødvendigt for udførelsen af kontrollen, og varetager vedligeholdelsen heraf. Der er tale om portdetektorer, bagagebånd med automatisk røntgenkontrol (bagagekontroludstyr; henholdsvis gennemlysningsudstyr), håndholdte detektorer samt udstyr til sporing af sprængstof.

4. Ligeledes i henhold til kontrakten skal ordremodtager iagttage bestemmelserne i § 29 c, stk. 1, i lov om lufttrafik (Luftverkehrsgesetz), i henhold til hvilken »[b]eskyttelse mod angreb på lufttrafiksikkerheden, navnlig mod flykapring og sabotagehandlinger, er luftfartmyndighedernes opgave. Luftfartmyndighedernes stedlige kompetence udstrækker sig for så vidt til hele flyvepladsens område. For så vidt som varetagelsen af disse opgaver nødvendiggør visitering af personer og ransagning, gennemlysning eller anden kontrol af genstande, kan luftfartsmyndighederne som medhjælpere benytte egnede personer, som skal udføre deres arbejde under luftfartsmyndighedernes tilsyn«⁴.

5. De af udbyder ansatte arbejdstagere, der varetager kontrolopgaver, skal derfor gennemgå en særlig uddannelse af mindst fire ugers varighed og bestå en prøve som luftfartssikkerhedsassistenter, hvorved de modtager en statslig attestations med henblik på udøvelse af kontrolvirksomhed.

6. Güney-Görres og Gül Demir var fra henholdsvis den 26. april 2000 og den 7. maj 2001 ansat som sikkerhedsvagter og som sådan underlagt bestemmelserne i § 29 c i lov om lufttransport. Ved skrivelse af 26. november 2003 opsagde Securicor deres ansættelseskontrakt med virkning fra den 31. december 2003. Arbejdstagerne reagerede ved at anlægge sag ved Arbeitsgericht Düsseldorf ved stævninger, der indgik til retten den 18. december 2003, idet de nedlagde påstand om, at deres ansættelseskontrakter fortsat skulle gælde med den nye udbyder, da der havde fundet en virksomhedsoverførsel sted.

7. Begrebet »overførsel« af virksomhed er defineret i artikel 1, stk. 1, i direktiv 2001/23, i henhold til hvilken:

»a) Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift

4 — Loven er citeret i dens affattelse i lovbekendtgørelse af 27.3.1999 (BGBl. I, 1999, s. 550), senest ændret ved lov af 6.4.2004 (BGBl. I, 2004, s. 550).

eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.

- b) Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk, jf. dog litra a) og de følgende bestemmelser i denne artikel»⁵.

8. Denne bestemmelse er gennemført i tysk ret ved § 613a i Bürgerliches Gesetzbuch, hvis stk. 1 fastsætter følgende: »Når en virksomhed eller en del af en virksomhed gennem en retshandel overføres til en anden indehaver, indtræder denne i de rettigheder og forpligtelser, som hidrører fra de arbejdsforhold, der bestod på overførselstidspunktet.«

9. Ifølge Arbeitsgericht Düsseldorf er det en betingelse for, at der er tale om en virksomhedsoverførsel, at der er sket en over-

førsel af driftsmidler, dvs. luftfartssikkerhedsudstyr, fra Securicor til Kötter. Det er i denne henseende fastslået, at Kötter anvender de samme driftsmidler som Securicor, der er stillet til rådighed af udbyderen. Den forelæggende ret er i tvivl om, hvorvidt denne omstændighed er tilstrækkelig til, at det kan fastslås, at der foreligger en virksomhedsoverførsel i henhold til artikel 1 i direktiv 2001/23, således som Domstolen har fortolket dette i dommen i sagen Abler m.fl.⁶. I denne dom fastslog Domstolen, at der var tale om en virksomhedsoverførsel mellem på hinanden følgende tjenesteydere, ud fra den betragtning, at der af ordregiver var stillet virksomhedsaktiver til rådighed. Den forelæggende rets tvivl vedrører ligeledes fortolkningen af begrebet overførsel i Bundesarbeitsgerichts praksis, hvorefter driftsmidler, der stilles til ordremodtagers rådighed, kun kan indgå i dennes driftsmidler, hvis de anvendes »i egen økonomisk interesse«⁷. Arbeitsgericht Düsseldorf har derfor, i to forskellige afgørelser af 3. maj 2004, som er forenet ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 9. juli 2004, da de forelagte spørgsmål er enslydende, forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

- »1) Er det ved efterprøvelsen af, om der foreligger en virksomhedsoverførsel i henhold til artikel 1 i direktiv 2001/23/

6 — Dom af 20.11.2003, sag C-340/01, Sml. I, s. 14023.

7 — Bundesarbeitsgerichts Ottende Afdelings dom af 11.12.1997 (8 AZR 426/94, BAGE 87, 296), kendelse af 22.1.1998 (8 ABR 83/96), endnu ikke offentliggjort, og dom af 25.5.2000 (8 AZR 337/99), endnu ikke offentliggjort, gengivet i bilag til den tyske regerings indlæg.

5 — Denne definition er ikke ændret i forhold til den affattelse, der følger af direktiv 98/50.

EF — uafhængigt af spørgsmålet om ejerforholdene — i tilfælde, hvor en opgave tildeles en ny ordremodtager, en forudsætning for under en helhedsbetragtning at fastslå, at der er sket en overførsel af driftsmidler fra den oprindelige ordremodtager til den nye ordremodtager, at driftsmidlerne overlades til den pågældende til brug i egen økonomisk interesse? Er det derfor nødvendigt for at anerkende, at der er sket en overførsel af driftsmidlerne, at ordremodtageren har ret til at kunne træffe afgørelse om, på hvilken måde driftsmidlerne bruges i egen økonomisk interesse? Skal der derfor sondres mellem, om ordremodtageren leverer tjenesteydelsen »på/ved« [an] eller »med« [mit] ordregiverens driftsmidler?»

b) Foreligger der brug i egen økonomisk interesse fra ordremodtagerens side, hvis ordremodtageren inden for rammerne af passagerkontrol i lufthavne til brug for kontrollen anvender de af ordregiveren opstillede portdetektorer, håndholdte detektorer og gennemlysningsskærme?»

10. Disse spørgsmål tager begge sigte på at fastslå, under hvilke omstændigheder en virksomhedsoverførsel kan anses for at have fundet sted, når disse midler af udbyder stilles til rådighed for de på hinanden følgende ordremodtagere.

2) Såfremt dette spørgsmål besvares bekræftende:

11. Lad mig først understrege, at der ikke er tvivl om, at direktiv 2001/23 finder anvendelse på tjenesteydelsesaftaler. Dette fastslog Domstolen i dommen i sagen Watson Rask og Christensen⁸. Denne fortolkning er senere blevet bekræftet i Schmidt-dommen⁹ og i Süzen-dommen¹⁰. Som eksempler på

a) Er det da udelukket, at driftsmidlerne henføres til brug i egen økonomisk interesse, hvis ordregiveren kun stiller dem til rådighed til ordremodtagerens brug, og vedligeholdelsen, herunder de dermed forbundne udgifter, forestås af ordregiveren?

8 — Dom af 12.11.1992, sag C-209/91, Sml. I, s. 5755, præmis 17.

9 — Dom af 14.4.1994, sag C-392/92, Sml. I, s. 1311, præmis 12 og 14. Efter denne dom, som blev stærkt kritiseret i den juridiske litteratur, foreslog Kommissionen imidlertid, i et forslag til ændring af direktiv 77/187, at sondre mellem overførsel af en enhed og overførsel af kun en aktivitet inden for en enhed, hvor sidstnævnte ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Da forslaget mødte modstand fra Europa-Parlamentet, ændrede Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber sit oprindelige forslag og fjernede dette punkt i forslaget. I dom af 11.3.1997, sag C-13/95, Süzen, Sml. I, s. 1259, blev denne sondring mellem en enhed og en »ren aktivitet« imidlertid taget op igen.

10 — Nævnt ovenfor.

anvendelsen af direktiv 2001/23 på opgaver, der overtages, kan nævnes dommen i sagen Hidalgo m.fl.¹¹, dommen i sagen Hernandez Vidal m.fl.¹², dommen i sagen Allen m.fl.¹³, Liikenne-dommen¹⁴, Temco-dommen¹⁵ og endelig ovennævnte dom i sagen Abler m.fl.

beskytte arbejdstagerne¹⁸ og målet om at etablere det indre marked¹⁹.

12. Selv om retspraksis på dette område er omfattende, er debatten om begrebet virksomhedsoverførsel imidlertid ikke afsluttet, da generaladvokaterne vedbliver at fremføre argumenter for Domstolen, som tager dens omfattende fortolkning af begrebet op til fornyet debat¹⁶. Det har undertiden været vanskeligt i retspraksis at finde en klar grænse mellem overførsel af en aktivitet og overførsel af en virksomhed¹⁷. En sådan grænse er imidlertid garanti for, at der er ligevægt mellem de to mål, som forfølges med direktiv 2001/23, nemlig hovedmålet at

13. For at en enhed kan beholde sin identitet efter en overførsel, skal den i forvejen have eksisteret som selvstændig enhed²⁰. I modsætning til, hvad Kötter har gjort gældende under retsmødet, nærer jeg ingen tvivl om, at der har eksisteret en økonomisk enhed, der havde til formål at udføre kontrolopgaver i Düsseldorf lufthavn. For at kunne besvare den forelæggende rets spørgsmål må det dog først fastslås, om de midler, der er stillet til rådighed af ordregiver, er en del af den overførte enhed. Der skal altså tages stilling til, om disse midler, som er stillet til Securicors rådighed, kan tilskrives denne virksomhed. Den måde, hvorpå disse midler er stillet til rådighed, vil være afgørende for denne analyse. Som det næste trin i analysen vil jeg behandle spørgsmålet om bevarelsen af enhedens identitet.

11 — Dom af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Sml. I, s. 8237.

12 — Dom af 10.12.1998, forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Sml. I, s. 8179.

13 — Dom af 2.12.1999, sag C-234/98, Sml. I, s. 8643.

14 — Dom af 25.1.2001, sag C-172/99, Sml. I, s. 745.

15 — Dom af 24.1.2002, sag C-51/00, Sml. I, s. 969.

16 — F.eks. skulle de faktiske omstændigheder i sagen Abler m.fl. ifølge generaladvokat Geelhoed fortolkes således, at »den oprindelige tjenesteyder blot [har] mistet en ordre, mens den nye tjenesteyder har fået en« (punkt 54) og ikke som en virksomhedsoverførsel. I punkt 38 i generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i Temco-sagen fastholder generaladvokaten ligeledes vigtigheden af den økonomiske sammenhæng og fremfører, at »markedsdynamikken kan blive forstyrret, hvis begrebet overførsel i direktivets forstand tolkes alt for fleksibelt«.

17 — Kun sidstnævnte begreb er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2001/23. En overførsel af en aktivitet er et af de elementer, som en virksomhedsoverførsel består af. Det er ligeledes af betydning, at en stabil økonomisk enhed, som ligger til grund for aktiviteten, også overføres, for at der kan være tale om en virksomhedsoverførsel. Vedrørende begrebet økonomisk enhed jf. bl.a. generaladvokat Van Gervens forslag til afgørelse i Schmidt-sagen, punkt 13 og 14; O. Pochet, *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit social, 1994, s. 931, og S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, s. 259.

18 — Jf. senest dom af 26.5.2005, sag C-478/03, Celtec, Sml. I, s. 4389, præmis 26 og 27. Jf. desuden J. Mertens de Wilmars og H. Nyssens, »Intégration européenne et correction de 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 — Der tages i direktiv 2001/23 mere generelt højde for økonomiske krav, idet det i henhold til direktivets artikel 5, stk. 1, i princippet ikke gælder, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling. Vedrørende ligevægten mellem direktivets to mål se J. Kenner, *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, s. 352.

20 — Her gælder der fast retspraksis: Süzen-dommen, præmis 13, dom af 19.9.1995, sag C-48/94, Rygaard, Sml. I, s. 2745, præmis 20, Liikenne-dommen, præmis 31, og dommen i sagen Abler m.fl., præmis 30.

II — Indledende bemærkninger om overførsel af driftsmidler fra ordregiveren til tjenesteyderne

14. Med den forelæggende rets første præjudicielle spørgsmål ønskes oplyst, om de driftsmidler, der er stillet til rådighed af udbyderen, udgør en del af den økonomiske enhed, som kan overføres. Kan dommen i sagen Abler m.fl. anses for at give svar på dette spørgsmål, sådan som den nationale ret har givet udtryk for?

15. I henhold til retspraksis skal der ikke nødvendigvis ske en overførsel af ejendomsret, for at der kan ske overførsel af fysiske aktiver eller fast ejendom. Et eksempel er sagen Redmond Stichting²¹, hvor en kommunalt støttet forening, Redmond Stichting, senere Sigma, lejede en kommunal ejendom. Domstolen tog ved sin vurdering af, om der var tale om en overførsel, hensyn til det forhold, at »den ejendom, der tidligere var lejet af Redmond Stichting, [...] nu [er] udlejet til Sigma«²². Den omstændighed, at der ikke er tale om overførsel af ejendomsret fra en tjenesteyder til en anden, er således ikke til hinder for, at der kan ske en overførsel af aktiver, når blot det er fastslået,

at de pågældende aktiver indgår i den enhed, der kan overføres²³.

16. Spørgsmålet om, under hvilke omstændigheder det forhold, at en ordregiver stiller aktiver til rådighed, medfører, at disse aktiver indgår i tjenesteyderens enhed, som kan overføres, er mere kompliceret. Retsspraksis indeholder ikke nogen klare anvisninger på dette punkt. Den er tværtimod delt, hvad dette angår.

17. I Süzen-dommen vedrørende en virksomheds overtagelse af rengøringsarbejde efter en anden virksomhed antydede Domstolen blot, uden at udtale sig direkte, at en enheds identitet består af forhold som f.eks. »de driftsmidler«, som ordregiver har stillet til dens rådighed²⁴.

18. Efter denne dom tøvede Domstolen tilsyneladende igen med at udtale sig i sagen Watson Rask og Christensen²⁵. Philips havde for første gang lagt sin kantineservice ud til en ekstern tjenesteyder. Virksomheden stillede, vederlagsfrit, godkendte salgs- og produktionslokaler, driftsudstyr, el, varme og telefon til rådighed for firmaet ISS Kantine-service. Almindelig vedligeholdelse af loka-

21 — Dom af 19.5.1992, sag C-29/91, Sml. I, s. 3189.

22 — Præmis 26. Generaladvokat Van Gerven vurderede i sit forslag til afgørelse, punkt 13, at »der [...] faktisk også [er] sket en overførsel af fysiske aktiver, idet den bygning, der af Groningen kommune blev udlejet til Redmond Stichting, siden den 1.1.1991 har været udlejet til Sigma«.

23 — Jf. ligeledes dommen i sagen Abler m.fl., præmis 42, og EFTA-Domstolens dom af 10.12.2004, sag E-2/04, Rasmussen, endnu ikke trykt i EFTA Court Report.

24 — Dommens præmis 15.

25 — Nævnt ovenfor.

lerne og driftsudstyret påhvilede også Philips²⁶. Generaladvokat Van Gerven vurderede i sit forslag til afgørelse, punkt 6, at denne situation skulle fortolkes således, at »løsøret ikke blev overført af Philips«. Domstolen fastslog blot, at direktiv 77/187 finder anvendelse på outsourcing, idet den omstændighed, at ordregiver stiller driftsmidler til rådighed, er en del af »forskellige andre ydelser, der er nærmere fastlagt i aftalen«²⁷ mellem de to virksomheder.

19. Spørgsmålet om, hvilke konsekvenser det har, at ordregiver har stillet aktiver til rådighed, er dog tilsyneladende blevet besvaret i Temco-dommen. I denne sag stillede Volkswagen de nødvendige midler til rengøring af industrianlæggene til rådighed for rengøringsfirmaer, som virksomheden havde indgået kontrakt med. Domstolen tilsluttede sig den nationale rets opfattelse, hvorefter der ikke var sket nogen overdragelse af virksomhedsaktiver fra en tjenesteyder til en anden²⁸. Der er intet til hinder for, at de driftsmidler, som stilles til rådighed, anvendes først af en ordremodtager og derefter af dennes efterfølger, uden at de hermed er en del af den enhed, der kan overføres.

20. I modsætning til, hvad der tilsyneladende blev fastslået i denne dom, indtog Domstolen en anden holdning i dommen i sagen Abler m.fl., hvor den anerkendte, at den omstændighed, at ordregiver stiller aktiver til rådighed, i visse tilfælde kan medføre, at der er tale om overførsel af aktiver mellem tjenesteydere. I denne sag, hvor en tjenesteyder overtog driften af stor-køkkenet på et hospital efter en anden, stillede den institution, der driver hospitalet, lokalerne samt vand og energi og de nødvendige større og mindre maskiner til deres rådighed. Domstolen fastslog, at »de fysiske aktiver, der er påkrævede for den omhandlede aktivitet, [...] blev overtaget af Sodexo«²⁹. Denne konklusion må, som den tyske regering bemærkede under retsmødet, nødvendigvis indebære, at de pågældende fysiske aktiver var en del af den enhed, der kan overføres, selv om hospitalet bevarede ejendomsretten³⁰.

21. Mens Domstolen i Temco-dommen fastslog, at den omstændighed, at ordregiver stillede driftsmidler til rådighed, ikke medførte, at disse midler indgik i den enhed, der kan overføres, drog den den modsatte konklusion i dommen i sagen Abler m.fl.³¹ Det er forvirrende, at denne forskel ikke er resultat af anvendelsen af et kriterium, hvorved der kan sondres mellem de to sager.

26 — Dommen i sagen Watson Rask og Christensen, præmis 6.

27 — Dommen i sagen Watson Rask og Christensen, domskonklusionens punkt 1.

28 — Forslag til afgørelse i Temco-sagen, punkt 25. Det skal bemærkes, at Domstolen i denne sag fastslog, at der havde fundet en virksomhedsoverførsel sted fra en ordremodtager til en anden, fordi hovedparten af personalet var overtaget af den anden ordremodtager.

29 — Dommen i sagen Abler m.fl., præmis 36.

30 — Det skal bemærkes, at generaladvokat Geelhold i sit forslag til afgørelse, punkt 77, foreslog en anden løsning: »Da ordregiver ejer driftsmidlerne, kan denne selv disponere helt over dem efter udløbet af aftalen. I den foreliggende situation er der derfor ikke sket nogen overførsel af disse driftsmidler.«

31 — Denne konklusion skyldes måske, at Domstolen ønskede at forhindre, at parterne i deres kontrakt aftaler, at direktiv 77/187 ikke er gældende.

Som den tyske regering også fremførte i sit mundtlige indlæg, ser det derimod ud, som om denne divergerende retspraksis kan fortolkes som resultatet af, at der ikke findes et anvendeligt kriterium.

22. På grund af denne tøvende retspraksis bør man, i modsætning til, hvad Securicor har hævdet, undgå at generalisere således, at ethvert tilfælde, hvor en ordregiver stiller driftsmidler til rådighed, er ensbetydende med, at disse driftsmidler indgår i den enhed, der kan overføres. Som den tyske regering gjorde gældende under retsmødet, ville der i så fald være tale om en virksomhedsoverførsel, hver gang udførelsen af en opgave overgik til en ny tjenesteyder, når blot der var stillet virksomhedsaktiver til rådighed af ordregiver. Herved risikerede man, at et tab af en ordre til en konkurrent i sig selv blev sidestillet med en virksomhedsoverførsel, hvilket er i strid med Domstolens faste praksis³². Herved ville grænsen mellem overførsel af virksomhed og overførsel af aktivitet igen blive uklar³³.

23. Som Kötter og den tyske regering gjorde opmærksom på under retsmødet, kunne de økonomiske konsekvenser af en sådan generalisering, som ikke var baseret på et fast kriterium, være meget betydelige, da rammerne for konkurrencen mellem tjenesteydere ville blive stærkt indskrænket. Hvis den omstændighed, at en ordre overgår fra en tjenesteyder til en anden, automatisk anerkendes som en virksomhedsoverførsel, vil personaleomkostninger blive forvandlet til faste omkostninger. De potentielle konkurrenters mulighed for at skille sig ud i forbindelse med et udbud af en tjenesteydelse ville blive reduceret til et minimum, da den kun ville vedrøre organiseringen af personale³⁴.

24. I mangel af et klart kriterium for en sontring i retspraksis har den forelæggende ret, med støtte fra den tyske regering, gjort gældende, at spørgsmålet om, hvorvidt de aktiver, som stilles til rådighed af en udbyder, skal tilskrives den ordremodtager, der anvender dem, skal afgøres på grundlag af begrebet »egen økonomisk interesse«.

32 — Süzen-dommen, præmis 16: »Det forhold, at en virksomhed må afgive udførelsen af en tjenesteydelse til en konkurrent, er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der i henhold til direktivet er tale om en overførsel. Selv om den virksomhed, som hidtil har udført tjenesteydelsen, mister en kunde, består den fortsat fuldt ud, og der er ikke grundlag for at antage, at en af virksomhedens bedrifter eller dele af bedrifter er overdraget til den nye ordremodtager.«

33 — Vedrørende farerne forbundet med en sådan sammenblanding, se f.eks. artikel af J. Déprez, RJS, 1995, nr. 5, s. 315, eller P. Bailly, *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du code du travail*, Droit social, 2004, s. 366.

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

III — Kriteriet om egen økonomisk interesse

25. Ifølge Bundesarbeitsgerichts praksis anvendes kriteriet om egen økonomisk interesse således, at de driftsmidler, der stilles til rådighed af ordregiver, bliver en fast del af den økonomiske enhed, der kan overføres, på den betingelse, at tjenesteyder har mulighed for frit at forvalte disse midler ud fra sin egen interesse.

27. Inden jeg vurderer relevansen af det kriterium, som den nationale ret har foreslået, skal jeg henvise til ordlyden af artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23, hvor en økonomisk enhed defineres som »en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk«. Der er intet i denne artikel, der foreskriver eller er til hinder for, at der opstilles et kriterium for, i hvilke tilfælde den omstændighed, at der stilles aktiver til rådighed, rent faktisk indebærer en »overførsel« af disse aktiver fra ordregiver til ordremodtager.

26. Ifølge til den forelæggende ret og den tyske regering kan man forklare Domstolens holdning i dommen i sagen Abler m.fl. ud fra dette kriterium³⁵. Sodexho havde nemlig fri økonomisk forvaltning af det køkken, der var stillet til rådighed, og handlede ud fra egen økonomisk interesse både med hensyn til udarbejdelse af menuer og med hensyn til levering til andre kunder end hospitalet. Endvidere påhvilede vedligeholdelsesomkostningerne brugeren af driftsmidlerne. Ifølge den tyske regering kan det udstyr til kontrol af passagerer, som i nærværende sag var stillet til Securicors rådighed, imidlertid ikke betragtes som en del af en enhed, der kan overføres, da Securicor ikke havde noget råderum med hensyn til udstyrets anvendelse.

28. Af de nedenstående årsager mener jeg imidlertid ikke, at kriteriet om egen økonomisk interesse, som den nationale ret har foreslået, kan anvendes.

29. For det første bygger det af den forelæggende ret foreslåede kriterium ikke på nogen normativ begrundelse. Den sondring, der gøres mellem en situation, hvor der er tale om brug i egen økonomisk interesse, og den situation, hvor dette ikke er tilfældet, er ikke udtænkt hverken for at beskytte arbejdstagerne eller for at fremme etableringen af det indre marked. Der gives ingen begrundelse for denne forskelsbehandling. Den manglende sammenkædning med et af formålene med direktiv 2001/23 mindsker det foreslåede kriteriums troværdighed.

³⁵ — I den tyske juridiske litteratur er der derimod gjort opmærksom på en risiko for modsætning mellem dommen i sagen Abler m.fl. og kriteriet om brug i egen økonomisk interesse: R. Adam, Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des § 613a BGB, Monatsschrift für Deutsches Recht, 2004, nr. 16, s. 909; H.J. Willemsen og G. Annus, Auftragsnachfolge — jetzt doch ein Betriebsübergang?, Der Betrieb, 2004, nr. 3, s. 134.

30. For det andet er konstateringen af, at kriteriet om egen økonomisk interesse i visse tilfælde vil indsnævre anvendelsesområdet for direktiv 2001/23, imidlertid ikke nok til at forkaste det. Selv om det er ubestrideligt, at direktivet har som sit hovedmål at beskytte arbejdstagerne, tager det også sigte på etableringen af det indre marked, hvilket dets vedtagelse med hjemmel i artikel 94 EF vidner om. Man kan således ikke hævde, sådan som Kommissionen og Securicor har gjort, at ånden i eller den effektive virkning af direktiv 2001/23 bringes i fare ved den omstændighed alene, at det ikke finder anvendelse på alle situationer, hvor en tjenesteyder overtager en ordre efter en anden, men kun i de situationer, der svarer til en virksomhedsoverførsel³⁶.

31. For det tredje gælder, at selv om Securicor unægteligt har mindre råderum til anvendelse af kontroludstyr end en virksomhed, der driver en kantine, vil have med hensyn til et køkken, indebærer det ikke, at der kun er sket en overførsel af driftsmidler i det sidstnævnte tilfælde. Som Kommissionen også gjorde gældende under retsmødet, er der kun tale om en gradsforskel mellem de to situationer. Begge virksomheder bevarer en vis fleksibilitet i måden at organisere deres

aktivitet på ved hjælp af de driftsmidler, de har til rådighed³⁷.

32. Desuden vil kriteriet om egen økonomisk interesse kunne give anledning til diskussioner i hvert enkelt tilfælde, hvor resultatet vil være vanskeligt at forudsige for virksomhederne, hvilket vil gå ud over deres retssikkerhed. I denne henseende kan blot henvises til Bundesarbeitsgerichts dom af 25. maj 2000, der er vedlagt som bilag til det skriftlige indlæg indgivet af den tyske regering, hvorved det kan konstateres, at dette kriterium rent faktisk kræver en detaljeret analyse af tjenesteyderens selvstændighed i henhold til tjenesteydelseskontrakten. Da enhver tjenesteyder nødvendigvis har en vis økonomisk selvstændighed i forhold til ordregiver, giver dette kriterium imidlertid ikke mulighed for at afgrænse, i hvilke tilfælde der er sket en overførsel af aktiver.

33. Endelig er jeg enig med Kommissionen i, at kriteriet om egen økonomisk interesse vil tillægge bestemmelserne i den kontrakt, der er indgået mellem ordregiver og tjenesteyder, alt for stor vægt. Hvis indholdet i kontrakten var afgørende for, om der var tale om en virksomhedsoverførsel, ville kontraktens par-

36 — Denne sondring svarer til den ovenfor nævnte sondring mellem overførsel af aktivitet og overførsel af virksomhed.

37 — Jf. ligeledes dommen i sagen Hidalgo m.fl., præmis 27: »Der kan i princippet i den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, være en tilstrækkeligt struktureret og selvstændig enhed, selv om virksomheden — som det i øvrigt ofte er tilfældet — skal overholde bestemte forpligtelser, som er pålagt den af den ordregivende myndighed. Selv om sidstnævnte kan have stor indflydelse på den ydelse, som tjenesteyderen leverer, har denne ikke desto mindre normalt en vis, om end begrænset, frihed ved tilrettelæggelsen og udførelsen af tjenesteydelsen, uden at det kan udlægges således, at hans opgave blot består i at stille sit personale til rådighed for den ordregivende myndighed.«

ter være i stand til at omgå anvendelsen af direktiv 2001/13. Bestemmelserne i kontrakten mellem ordregiver og tjenesteudbyder om udførelsen af en ordre skal derimod indgå i en objektiv bedømmelse af de forskellige omstændigheder i sagen³⁸.

34. Endelig kan en kontraktlig bestemmelse om, at ordregiver skal stille aktiver til rådighed, ikke *automatisk* medføre, at der har fundet en overførsel af aktiver sted mellem to tjenesteydere. Dette vil resultere i en sammenblanding af opretholdelse af en aktivitet og opretholdelse af en virksomhed³⁹. I så fald ville den omstændighed, at ordregiver stiller aktiver til rådighed, i sig selv medføre en virksomhedsoverførsel mellem tjenesteyderne.

35. Ud fra disse betragtninger mener jeg ikke, at kriteriet om egen økonomisk interesse er anvendeligt, da det dels ikke giver mulighed for at afgrænse de tilfælde, hvor driftsmidlerne rent faktisk indgår i en særlig økonomisk enhed, selv om de er stillet til rådighed af ordregiver, dels mangler en normativ begrundelse.

36. Kommissionen og Securicor har på baggrund af deres fortolkning af dommen i sagen Abler m.fl. gjort gældende, at det afgørende punkt er spørgsmålet, om de driftsmidler, der er stillet til rådighed, er uundværlige for at udføre den pågældende tjenesteydelse. Dette alternative kriterium tager imidlertid ikke hensyn til, at udbyderen ikke har noget valg, idet denne er bundet af vilkårene i kontrakten med ordregiver, når først han har vundet en kontrakt. Desuden ville det være logisk at antage, at ordregiver kun vil stille de driftsmidler til rådighed for tjenesteyderen, som er nødvendige for at udføre den pågældende ordre.

37. Selv om Domstolen i dommen i sagen Abler m.fl. ganske vist udtalte, at de midler, som blev stillet til rådighed for ordremodtageren, nemlig forskelligt køkkenudstyr, var nødvendige for at udføre den pågældende ordre, nemlig servering af måltider, er der intet i dommen, der peger på, at denne omstændighed var afgørende. Endelig ville dette kriterium ikke kunne fjerne modsigelsen mellem dommen i sagen Abler m.fl. og Temco-dommen, da de midler, som ordregiver stillede til rådighed i sidstnævnte sag, også var uundværlige for udførelsen af tjenesteydelsen.

38. Selv om hverken det kriterium, som den forelæggende ret har foreslået, eller det kriterium, som Kommissionen og Securicor

38 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 13.

39 — Det er denne risiko, der ligger i dommen i sagen Abler m.fl., idet den kan læses således, at spørgsmålet, om der er tale om virksomhedsoverførsel, udelukkende afhænger af, om ordregiver har stillet driftsmidler til rådighed for en tjenesteyder. Det kan dog ikke udelukkes, at aktiver, der er stillet til rådighed, kan overføres fra en tjenesteyder til en anden, bl.a. for at forhindre, at kontraktens parter søger at undgå anvendelsen af direktiv 2001/23 på den pågældende transaktion.

går ind for, forekommer mig overbevisende af de ovenfor anførte årsager, mangler jeg at undersøge, om den omstændighed, at en ordregiver har stillet aktiver til rådighed, bør have indflydelse på afgørelsen af, om der har fundet en virksomhedsoverførsel sted mellem tjenesteydere.

39. Såfremt der er indgået identiske tjenesteydelseskontrakter mellem en ordregiver og på hinanden følgende tjenesteydere, er det særligt vanskeligt at afgrænse den økonomiske enhed, der kan overføres, eftersom adskillige elementer af denne enhed er fastsat ved kontrakten. Det ligger således i en udbudskontrakts natur, at tjenesteyderens kundekreds forbliver uændret. På samme måde udgør de driftsmidler, som stilles til rådighed, ud fra de på hinanden følgende tjenesteyderes synsvinkel, en konstant i det regnestykke, de skal have til at gå op, når de afgiver et bud, på samme måde som f.eks. placeringen eller planen over Düsseldorf lufthavn for Securicors og Kötters vedkommende. Alle de på hinanden følgende tjenesteydere skal nemlig bruge de samme driftsmidler, stillet til rådighed af ordregiver, og de vil derfor mangle råderum i denne henseende. De driftsmidler, der stilles til rådighed, er med andre ord uden for de på hinanden følgende tjenesteyderes kontrol og kan derfor ikke anses for at indgå i en organisatorisk enhed, som kan overføres.

40. Ved en bedømmelse af, om der i denne sag er tale om en virksomhedsoverførsel, er det derfor nødvendigt, under anvendelse af

de kriterier, der er defineret i Spijkersdommen⁴⁰, at koncentrere analysen om de elementer af den økonomiske enhed, som er tjenesteyderens egne. Det er den eneste måde, hvorpå det kan sikres, at overførslen vedrører en selvstændig økonomisk enhed i henhold til ordlyden af og formålet med artikel 1 i direktiv 2001/23. Hvis den kun er baseret på spørgsmålet om brug i egen økonomisk interesse, skal den nationale rets første spørgsmål besvares benægtende, og det andet spørgsmål vil følgelig også blive besvaret benægtende.

41. I de for Arbeitsgericht Düsseldorf verserende sager, hvor de driftsmidler, som er nødvendige for udførelsen af de kontrolaktiviteter, der blev betroet Securicor og derefter Kötter, stilles til rådighed af Forbundsrepublikken Tyskland, skal afgørelsen af, om der er tale om en virksomhedsoverførsel mellem de to tjenesteydere, træffes på grundlag af andre faktorer end den omstændighed, at der blev stillet midler til rådighed.

42. Som den tyske regering har bemærket i sit skriftlige indlæg, vedrører den nationale rets spørgsmål kun en enkelt af de omstændigheder, som skal tages i betragtning ved bedømmelsen af, om der er tale om en

40 — Nævnt ovenfor, præmis 13: »[D]er må [...] tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen, herunder til, hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af materielle aktiver, f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, om den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt til, i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet.«

overførsel. Det fremgår imidlertid af det svar, som foreslås, at denne omstændighed, nemlig overførsel af de driftsmidler, der er stillet til rådighed, ikke bør være afgørende. For at den nationale ret kan få et brugbart svar, hvorved den kan afgøre sagen, bør der således på baggrund af sagsakterne ses nærmere på, hvilke konsekvenser den foreslåede analyse vil have for omstændighederne i denne sag.

IV — Den foreslåede analyses konsekvenser i det foreliggende tilfælde

43. Inden jeg gennemgår omstændighederne i denne sag, skal jeg gøre opmærksom på betingelserne for, at der kan finde en virksomhedsoverførsel sted uden en overførsel af aktiver.

44. I Redmond Stichting-sagen vedrørte et af spørgsmålene i forelæggelseskendelsen konsekvenserne af, at der ikke var sket en overførsel af løsøre. Domstolen konstaterede, at den manglende overførsel »ikke i sig selv synes at kunne være til hinder for at anvende direktivet«, idet den dog overlod til den nationale domstol at tage hensyn til denne omstændighed i sin samlede bedømmelse.

45. I ovennævnte dom i Liikenne-sagen udelukkede Domstolen imidlertid anvendelsen af direktiv 2001/23 efter at have konstateret, at der ikke var sket en overførsel af

aktiver mellem to busselskaber, selv om en del af personalet var blevet overført fra en virksomhed til en anden.

46. Disse tilsyneladende modsigende afgørelser viser, hvor vigtigt det er på forhånd at fastsætte, hvilken form for aktivitet der er berørt af den eventuelle overførsel. De omstændigheder, som er relevante for bedømmelsen af, om der er tale om en virksomhedsoverførsel, afhænger nemlig af den type aktivitet, der udføres af den økonomiske enhed⁴¹.

47. Dette kriterium blev indført af Domstolen i forbindelse med aktiviteter, hvor arbejdskraften og dennes kvalifikationer udgør den væsentlige del heraf, hvilket foranledigede den til at konkludere, at »en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed«⁴². Det følger heraf, med hensyn til en aktivitet af denne type, at »en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave«⁴³.

41 — Stützen-dommen, præmis 18, dommen i sagen Hernandez Vidal m.fl., præmis 31, dommen i sagen Hidalgo m.fl., præmis 31, Liikenne-dommen, præmis 35, og dommen i sagen Abler m.fl., præmis 35.

42 — Stützen-dommen, præmis 21. Når Domstolen introducerede dette kendetegn, var det for at hindre, at arbejdstagerne ydes mindre beskyttelse, hvis de er beskæftigede i en sektor, hvor arbejdskraften udgør den væsentlige del.

43 — Idem.

48. Hvis arbejdskraften og dennes kvalifikationer derimod ikke udgør den væsentlige del af den pågældende aktivitet, kan der i princippet kun være tale om en virksomhedsoverførsel, hvis det kan konstateres, at der har fundet en overførsel af aktiver sted mellem virksomhederne⁴⁴.

49. Det fremgår af denne retspraksis, at det først bør fastslås, hvilken type aktivitet der er tale om, for at det kan afgøres, om der har fundet en virksomhedsoverførsel sted. Bevogtningen af et af det tyske forsvars sanitetsdepoter blev anset for at være en aktivitet, der hovedsagelig er baseret på arbejdskraften og dennes kvalifikationer⁴⁵. Som Securicor også har gjort gældende i sit skriftlige indlæg, kræver kontrolaktiviteter i en lufthavn, som der er tale om i denne sag, i modsætning til almindelig bevogtning, specialiseret og avanceret kontroludstyr. Men i modsætning til, hvad Securicor har antydnet, er det krav om resultater, som en virksomhed, der varetager sikkerhedskontrollen i en lufthavn, er underlagt, tilsyneladende ikke relevant for sondringen mellem den pågældende aktivitet og bevogtningsvirksomhed, da det ikke har indflydelse på organisationen af den berørte økonomiske enhed.

50. Selv om det i sidste ende tilkommer den nationale ret at vurdere de forskellige kriteriers betydning for, om der er tale om en virksomhedsoverførsel i henhold til direktiv 2001/23, fremgår det tilsyneladende af sagsakterne, at de specifikke aktiver, der stilles til rådighed af ordregiver, og et kvalificeret personale udgør en økonomisk enhed, hvis aktivitet er kontrol af bagage og passagerer i en lufthavn.

51. Da det specialiserede kontroludstyr under alle omstændigheder er stillet til rådighed af ordregiver for de på hinanden følgende tjenesteydere, bør det imidlertid kontrolleres, om Kötters overtagelse af personale fra Securicor vedrører en efter antal og kvalifikationer væsentlig del af det udstyr, som er anvendt til udførelsen af opgaven⁴⁶.

52. Ved første øjekast forekommer det paradoksalt at lade afgørelsen af, om der har fundet en virksomhedsoverførsel sted, afhænge af, om personale og personalekvalifikationer er overtaget fra den ene arbejdsgiver til den anden, eftersom dette i princippet er konsekvensen af en anerkendelse af, at

44 — Som eksempel herpå har Domstolen fastslået følgende: »Bustransport kan [...] ikke anses for en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og anlæg« (Liikenne-dommen, præmis 39). Følgelig »kan den manglende overførsel fra den gamle kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der er uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet« (Liikenne-dommen, præmis 42). Der havde således ikke fundet en virksomhedsoverførsel sted mellem to bus-transportsselskaber, da det andet selskab ikke havde overtaget køretøjerne fra det første.

45 — Dommen i sagen Hidalgo m.fl., præmis 26.

46 — Dette kriterium er udledt af Süzen-dommen og ligeledes anvendt i Temco-dommen, præmis 33.

der har fundet en virksomhedsoverførsel sted⁴⁷. Dette kriterium indgår dog i en helhedsanalyse af omstændighederne. Det får kun betydning, såfremt der ikke er sket en overførsel af aktiver, hvorved det er nødvendigt at identificere andre elementer, som kan udgøre en enhed, der kan overføres. Desuden er kriteriet ikke strengt knyttet til overførsel af personale som sådan, men snarere til overførsel af specifikke personalekvalifikationer betragtet som en organiseret enhed. Formålet er at forhindre, at parterne i overførslen får mulighed for at undgå anvendelsen af direktiv 2001/23.

53. I øvrigt er der — selv om konstateringen af, at der er tale om en virksomhedsoverførsel i henhold til artikel 1 i direktiv 2001/23, medfører, at arbejdsgiveren i den overførte enhed skal bevare arbejdskontrakterne⁴⁸ — intet til hinder for, at han foretager omstruktureringer, som i givet fald kan indebære afskedigelser, når blot de ikke er direkte knyttet til virksomhedsoverførslen⁴⁹.

54. Endelig er Forbundsrepublikkens Tysklands argument om, at opretholdelsen af kontrakterne ville have særlige følger i Tyskland på grund af de stramme arbejdsretlige bestemmelser, der gælder dér, irrelevant. Ifølge fast retspraksis kan en medlemsstat nemlig ikke gøre brug af sin nationale ret til at modsætte sig anvendelsen af et fællesskabsdirektiv.

55. Det er ubestridt, at Kötter overtog 167 ud af 295 tidligere ansatte i Securicor, som var beskæftiget med kontrol af passagerer og bagage i Düsseldorf lufthavn for Forbundsrepublikken Tysklands regning. Disse ansatte har fået en særlig uddannelse i at udføre de betroede kontrolopgaver.

56. Det kan således ikke udelukkes, at Kötter har overtaget den væsentlige del af personalekvalifikationerne fra sin forgænger. Hvis dette er tilfældet, er der, under forbehold af den nationale rets behandling af alle de relevante omstændigheder, flere forhold, der peger på den konklusion, at der har fundet en virksomhedsoverførsel sted fra Securicor til Kötter i direktiv 2001/23's forstand.

47 — Jf. som eksempel punkt 80 i generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i sagen *Hernandez Vidal m.fl.* Den juridiske litteratur har ligeledes beskæftiget sig med dette paradoks: Davies, *Taken to the Cleaners? Contracting Out of Services Yet Again*, 1997, 26 ILJ 193; C. Engels, og L. Salas, »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, og A. Garde, *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 CMLRev., 2002, s. 523. I.J. Gomes, *Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, s. 213, fremføres i kommentaren til dommen i sagen *Abler m.fl.* et overbevisende modargument i forbindelse med dette ræsonnement. Forfatteren understreger, at de virksomheder, der er parter i transaktionen, nødvendigvis har beføjelse til at afgøre, hvilke aktiver deres transaktion skal vedrøre.

48 — Artikel 3 i direktiv 2001/23.

49 — Artikel 4 i direktiv 2001/23. Jf. desuden J. Hunt, *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights directive*, 1998, *Legal Studies*, s. 336.

V — Forslag til afgørelse

57. Som følge heraf foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, Arbeitsgericht Düsseldorf har forelagt, således:

»I tilfælde, hvor en opgave tildeles en ny ordremodtager, idet der ikke er tale om en overførsel af aktiver fra en tjenesteyder til en anden, og ordregiveren stiller de til udførelsen af opgaven nødvendige driftsmidler til rådighed for de på hinanden følgende ordremodtagere, afhænger anerkendelsen af, at der er tale om en overførsel af virksomhed fra en tjenesteyder til en anden i henhold til artikel 1 i Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter ikke af, om disse driftsmidler er overdraget med henblik på tjenesteyders brug i egen økonomisk interesse, men spørgsmålet skal vurderes på grundlag af andre faktorer end den omstændighed, at der er stillet driftsmidler til rådighed, som direkte kan tilskrives tjenesteyderen, f.eks. overførsel af den væsentlige del af personalets kvalifikationer.«