Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
E. SHARPSTON
fremsat den 11. juli 2019 [1]

Sag C-298/18

Reiner Grafe,
Jürgen Pohle
mod
Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH,
OSL Bus GmbH

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Arbeitsgericht Cottbus – (arbejdsretten i Cottbus, Tyskland))

»Præjudiciel forelæggelse – socialpolitik – direktiv 2001/23/EF – overførsel af virksomheder eller bedrifter – varetagelse af arbejdstagernes rettigheder – drift af offentlig bustrafik – en ny virksomheds overtagelse af aktiviteter drevet af en anden virksomhed efter en offentlig udbudsprocedure«

1. Direktiv 2001/23/EF [2] kodificerer direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter [3]. Denne anmodning om en præjudiciel afgørelse er blevet indgivet af Arbeitsgericht Cottbus (arbejdsretten i Cottbus, Tyskland) i forbindelse med retsforhandlinger indledt af Reiner Grafe og Jürgen Pohle mod Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH (herefter »SBN«), den tidligere operatør af en lokal offentlig bustrafik, og OSL Bus GmbH (herefter »OSL Bus«), den nye operatør af denne trafik.

2. Den forelæggende ret ønsker vejledning om, hvorvidt der var tale om en overførsel af en virksomhed i den i direktiv 2001/23 omhandlede forstand, når der ikke blev overført materielle driftsmidler i nævneværdigt omfang, men den nye operatør ansatte hovedparten af den tidligere operatørs personale. Retten har også spurgt, om Domstolens afgørelse i Liikenne-sagen [4], som vedrørte anvendelsen af EU-lovgivningen om arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af overførsler af virksomheder, der drev offentlig bustrafik, bør finde anvendelse her.

1 – Originalsprog: engelsk.

2 – 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 (EFT 2001, L 82, s. 16). Selv om den forelæggende ret i sin forelæggelsesafgørelse har nævnt direktiv 77/187, er det direktiv 2001/23, der var i kraft på det relevante tidspunkt: jf. punkt 8-17 nedenfor.

3 – Rådets direktiv af 14.2.1977 (EFT 1977, L 61, s. 26).

4 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

Direktiv 2001/23

3. Det følgende fremgår af betragtningerne til direktiv 2001/23. For det første er det nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver, især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder [5]. For det andet hedder det i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder [6], at »etableringen af det indre marked skal føre til en forbedring af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår inden for [det, der dengang var] Det Europæiske Fællesskab. Denne forbedring skal desuden om fornødent indebære en udvikling af visse aspekter af arbejdsmarkedslovgivningen, såsom procedurerne ved kollektiv afskedigelse og i forbindelse med konkurs […]« [7]. For det tredje blev direktiv 77/187 vedtaget i 1977 for at fremme bl.a. en harmonisering af de nationale love, som varetager arbejdstagernes rettigheder [8].

4. Artikel 1, stk. 1, litra a), fastslår, at direktiv 2001/23 finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion. Det bestemmes i artikel 1, stk. 1, litra b), at »[s]om overførsel i henhold til […] direktiv [2001/23] 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 […]«. Artikel 1, stk. 1, litra c), bestemmer, at direktivet finder anvendelse på offentligretlige og privatretlige virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje. I overensstemmelse med artikel 1, stk. 2, gælder direktiv 2001/23, når den virksomhed eller bedrift eller den del af en virksomhed eller bedrift, som skal overføres, er beliggende inden for det område, hvor traktaten finder anvendelse.

5. De følgende definitioner er fastsat i artikel 2. En »overdrager« er »enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter artikel 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften«, en »erhverver« er »enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter artikel 1, stk. 1, bliver indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften«, og en »arbejdstager« er »enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning« [9].

6. Artikel 3, stk. 1, første afsnit, bestemmer, at »[o]verdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, [som følge af denne overførsel] overgår […] til erhververen«. Artikel 3, stk. 3, første afsnit, bestemmer, at »erhververen [efter overførslen skal] opretholde de løn- og arbejdsvilkår, som ifølge en kollektiv overenskomst gjaldt for overdrageren, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning«.

5 – Tredje betragtning.

6 – Fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, der blev vedtaget den 9.12.1989, jf. navnlig punkt 7, 17 og 18 heri.

7 – Femte betragtning.

8 – Sjette betragtning.

9 – Henholdsvis artikel 2, stk. 1, litra a), b) og d).

Direktiv 92/50

7. Rådets direktiv 92/50/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler[10] opstillede de regler, som ordregivende myndigheder skulle overholde ved indgåelse af aftaler. På det tidspunkt, hvor den ordregivende myndighed i hovedsagen organiserede udbuddet vedrørende kontrakten om en lokal offentlig bustrafik, var dette direktiv imidlertid blevet erstattet af direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF[11]. Jeg vil derfor henvise til sidstnævnte direktiv i dette forslag til afgørelse.

Baggrund, faktiske omstændigheder, retsforhandlinger og de præjudicielle spørgsmål

8. SBN drev fra den 1. august 2008 den lokale offentlige bustrafik for Landkreis (region Oberspreewald-Lausitz, herefter »Landkreis« eller »den ordregivende myndighed«). I september 2016 offentliggjorde Landkreis et nyt udbud vedrørende regionens bustrafik. SBN deltog ikke i udbuddet. SBN besluttede efterfølgende at indstille driften og opsagde alle selskabets medarbejdere.

9. Den 19. januar 2017 indgik SBN en socialplan med virksomhedens samarbejdsudvalg. Det var i socialplanen bestemt, at hvis arbejdstagerne ikke modtog et tilbud om genansættelse fra den nye operatør, eller hvis de led økonomiske tab ved nyansættelse, skulle de modtage fratrædelsesgodtgørelser af forskellig størrelse.

10. Ordren på at drive den lokale offentlige bustrafik fra den 1. august 2017 blev tildelt Kraftverkehrsgesellschaft Dreiländereck mbH (herefter »KVG«), der er et helejet datterselskab af Rhenus Veniro GmbH & Co. KG. Sidstnævnte stiftede et nyt helejet datterselskab, OSL Bus, til at udføre trafiktjenesteydelserne. OSL Bus ansatte mange af den tidligere operatørs, SBN, buschauffører og nogle af dennes ledende medarbejdere. Ved skrivelse af 10. april 2017 meddelte den nye operatør SBN, at denne ikke ønskede at købe, leje eller i øvrigt benytte sig af de driftsmidler – busser, depoter, værksteder og driftsanlæg – som sidstnævnte ejede.

11. Reiner Grafe havde siden den 16. juli 1978 været ansat af SBN (eller selskabets retlige forgænger) som buschauffør og leder på fuld tid. Ved skrivelse af 27. januar 2017 opsagde SBN Reiner Grafe med virkning fra den 31. august 2017. Han har siden den 1. september 2017 været ansat som buschauffør hos OSL Bus. Den nye operatør tog ikke Reiner Grafes tidligere tilbagelagte beskæftigelsesperiode hos SBN i betragtning. Han var derfor blevet indplaceret på indgangstrinnet i den med OSL Bus GmbH indgåede overenskomst, som om han var nyansat. Reiner Grafe anfægtede SBN's opsigelse af ham og har gjort gældende, at den nye operatør ved indplaceringen skal tage hans tidligere beskæftigelsesperiode i betragtning. Både Reiner Grafe og SBN er af den opfattelse, at hans ansættelsesforhold er overgået til OSL Bus i forbindelse med en overførsel af en virksomhed.

12. Jürgen Pohle havde siden den 6. november 1979 været ansat af SBN som buschauffør og leder på fuld tid. Ved skrivelse af 27. januar 2017 opsagde SBN Jürgen Pohle med virkning fra den 31. august 2017. Den nye operatør tilbød ikke Jürgen Pohle ansættelse. Jürgen Pohle har anfægtet SBN's beslutning. Subsidiært har han krævet en fratrædelsesgodtgørelse på 68 034,56 EUR i henhold til den mellem SBN og virksomhedens samarbejdsudvalg indgåede socialplan.

10 – Direktiv af 18.6.1992 (EFT 1992, L 209, s. 1). Direktivet blev ophævet og erstattet af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114).

11 – Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 26.2.2014 (EUT 2014, L 94, s. 65).

13. SBN har ved kontrastævning gjort gældende, at Jürgen Pohles ansættelsesforhold var overgået til den nye operatør, idet der var tale om en overførsel af en virksomhed i henhold til direktiv 2001/23. SBN var derfor ikke forpligtet til at betale Jürgen Pohle en fratrædelsesgodtgørelse. OSL Bus har gjort gældende, at der ikke var sket en overførsel af en virksomhed. Selskabet overtog ingen af den tidligere virksomheds materielle driftsmidler, og det forhold, at det ansatte mange af arbejdstagerne, var ikke af afgørende betydning for udførelsen af bustransportydelserne.

14. In Liikenne-dommen [12] fandt Domstolen, at bustransport ikke kunne anses for en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet en sådan virksomhed krævede omfattende materiel og anlæg. I en branche som regulær offentlig bustransport, hvor de fysiske elementer udgjorde et væsentligt element i virksomhedsdriften, kunne den manglende overførsel fra den gamle kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der var uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kunne anses for at have bevaret sin identitet [13].

15. Den forelæggende ret er enig i SBN's argument i hovedsagen om, at vilkårene for den pågældende busdrift har ændret sig, siden Domstolen afsagde dommen i Liikenne-sagen [14]. Disse vilkår omfatter: i) lovbestemmelser, teknisk udvikling og miljøbeskyttelse, såsom »Euro 6-normen« for udstødning [15], ii) en kontrakt for den pågældende busdrift, som havde en løbetid på 10 år, og iii) udbudsbetingelser, som anførte, at busserne ikke måtte være mere end 15 år gamle (regnet fra første indregistrering) [16], alle anvendte busser skulle have et ensartet grunddesign, busserne skulle opfylde Euro 6-normen [17], og fra den 1. januar 2018 skulle 40% af de anvendte køretøjer have lavt gulv eller lav indstigning (og 70% fra den 1.1.2022) [18]. Således ville en ny operatør rimeligvis afvise at overtage den busflåde, der var anvendt af den tidligere operatør.

16. Den forelæggende ret er nået til følgende konklusioner. For det første kan busser, der typisk er uegnede til yderligere brug, eller som kun kan bruges i et meget begrænset omfang, ikke anses for afgørende for den nye operatør. Disse busser skal nødvendigvis udskiftes for at udføre de lokale offentlige busydelser. For det andet er busdepoter ikke længere nødvendige. For det tredje er buschaufførers af afgørende betydning for den pågældende virksomhed. Udbudsbetingelserne anførte, at »ordremodtageren skal garantere, at chaufførerne opfylder kravene til en attraktiv lokal passagertransportydelse med omfattende fokus på service og kunderne«. Buschaufførers – navnlig i landområder – er den vigtigste ressource og især en begrænset ressource. Endelig er det ikke nemt at erstatte buschaufførers på grund af deres lokalkendskab, der er opbygget gennem årene, og deres knowhow for så vidt angår ruterne.

17. SBN drev indtil den 31. juli 2017 den offentlige bustrafik i Oberspreewald-Lausitz. Den blev drevet af den nye operatør fra den 1. august 2017. Den forelæggende ret har anført, at det for at sikre en problemfri overgang af den offentlige nærtrafik var irrelevant, hvilke busser der blev anvendt, men det var relevant, hvilke chauffører der blev ansat.

12 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

13 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, præmis 39 og 42).

14 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

15 – Den forelæggende ret har anført, at det i den offentlige udbudsprocedure blev krævet, at busserne skulle opfylde nuværende europæiske normer. Busser, der allerede havde været anvendt i et antal år til offentlig nærtrafik, kunne sandsynligvis ikke opfylde kravene. Det var af miljøbeskyttelseshensyn sandsynligt, at der ville blive anvendt elbusser snarere end diesel- eller benzinkøretøjer. De fleste dieselkøretøjer ville sandsynligvis blive forbudt (navnlig i bykerner) på grund af nitrogenoxidforurening. I praksis ville den virksomhed, der vandt udbuddet, derfor ikke overtage den eksisterende busflåde.

16 – SBN's busser var gennemsnitligt 13 år gamle.

17 – SBN's busser opfyldte Euro 3-normen eller Euro 4-normen, men ikke Euro 6-normen.

18 – Ingen af SBN's busser opfyldte kravene til adgangsforhold.

18. Den forelæggende ret har på denne baggrund stillet Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Skal en situation, hvori betjeningen af busruter overgår fra et busselskab til et andet i henhold til en udbudsprocedure i medfør af [direktiv 2014/24] anses for at udgøre en overførsel af en bedrift i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 1, i [direktiv 2001/23], selv om der ikke er overdraget driftsmidler i nævneværdigt omfang, navnlig ingen busser, mellem de to nævnte virksomheder?

2) Berettiger antagelsen af, at busserne i forbindelse med en midlertidig tildeling af tjenesteydelserne ud fra en fornuftig driftsøkonomisk beslutning på grund af deres alder og de stigende tekniske krav (udstødningsværdier, busser med lav indstigning) ikke længere har væsentlig betydning for bedriftens værdi, at Domstolen kan fravige sin dom af 25. januar 2001 (sag C-172/99) således, at også overtagelse af en væsentlig del af personalet under disse betingelser kan føre til, at direktiv [2001/23] finder anvendelse?«

19. SBN, OSL Bus og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg. Hverken Reiner Grafe eller Jürgen Pohle har indgivet skriftlige indlæg, ligesom de heller ikke deltog i retsmødet den 21. marts 2019, hvorunder SBN, OSL Bus og Kommissionen fremsatte mundtlige indlæg.

Bedømmelse

Indledende bemærkninger

20. Det er korrekt, at forelæggelsesafgørelsen ikke indeholder en beskrivelse af national ret, ligesom den heller ikke angiver, om den offentlige udbudsprocedure vedrørende busdrift for Landkreis Oberspreewald-Lausitz opfyldte betingelserne i EU-retten. Det forekommer mig ikke desto mindre, at Domstolen har tilstrækkelige oplysninger til at træffe en afgørelse, og at sådanne udeladelser derfor ikke kan medføre, at Domstolen ikke har kompetence til at besvare de præjudicielle spørgsmål [19].

21. To punkter opstår på grund af den forelæggende rets henvisning til direktiv 92/50. For det første fremgår det klart af oplysningerne, at direktivet ikke længere var i kraft, da Landkreis Oberspreewald-Lausitz offentliggjorde udbudsbekendtgørelsen [20]. For det andet er der enighed om, at de omtvistede EU-retlige punkter udelukkende vedrører fortolkningen af direktiv 2001/23 om overførsel af virksomheder. Domstolen har allerede gjort det klart, at det forhold, at bestemmelserne i direktiv 2001/23 i visse tilfælde kan finde anvendelse i forbindelse med en transaktion, som ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktivet om offentlige udbud, ikke kan opfattes således, at det rejser tvivl om direktivets formål [21]. Domstolen har ikke de oplysninger, der er nødvendige for at undersøge, om de relevante bestemmelser i EU-retten om offentlige udbud blev overholdt, og det er unødvendigt at dvæle yderligere herved for at besvare den forelæggende rets spørgsmål.

19 – Jf. f.eks. dom af 1.12.2005, Burtscher (C-213/04, EU:C:2005:731, præmis 33).

20 – Jf. punkt 7, 9 og 10 ovenfor.

21 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, præmis 22, jf. også præmis 25). I denne dom blev det også, efter EFTA-Domstolens udtalelser (sag E-2/95 *Eidesund mod Stavanger Catering A/S*, Report of the EFTA Court 1.7.1995 -31.12.1996, s. 1, præmis 50, og sag E-3/96, *Ask m.fl. mod ABB Offshore Technology AS og Aker Offshore Oartner AS*, Report of the EFTA Court 1997, s. 1, præmis 33) fastslået, at omstændigheder hvor en kontrakt tildeles i henhold en procedure for tildeling af offentlige kontrakter *ikke* udelukker anvendelse af reglerne om beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af overførsel af en virksomhed: jf. dommens præmis 21.

22. Der er enighed om, at overførslen af driften af offentlige busruter for Landkreis Oberspreewald-Lausitz er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 1, stk. 1, litra a), i direktiv 2001/23 [22]. Hvad angår dette direktiv er SBN overdrageren, OSL Bus er erhververen, og Reiner Grafe og Jürgen Pohle er arbejdstagere i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i henholdsvis direktivets artikel 2, stk. 1, litra a), b) og d).

De præjudicielle spørgsmål

23. Den forelæggende ret ønsker med det første spørgsmål afklaret, om overførslen af driften af bustrafik på landet fra en operatør til en anden i forbindelse med en offentlig udbudsprocedure udgør en overførsel af en virksomhed i henhold til artikel 1, stk. 1, litra b),i direktiv 2001/23, selv når der ikke blev overført nogen materielle driftsmidler (såsom selve busserne) til den nye operatør. Med det andet spørgsmål spørges nærmere bestemt, om det er muligt i tilfælde af overførsler af virksomheder, hvor de materielle driftsmidler ikke længere er vigtige, at fravige Domstolens afgørelse i Liikenne-sagen [23]. Ved besvarelsen af det første spørgsmål er det nødvendigt at undersøge Domstolens dom i den sag. Jeg vil derfor behandle spørgsmålene sammen.

24. Det praktiske spørgsmål, der her er på spil, er, om OSL Bus påtager sig rettighederne og forpligtelserne vedrørende Reiner Grafes og Jürgen Pohles arbejdskontrakter fra den tidligere operatør [24].

25. Der er på dette punkt en vis enighed mellem SBN, OSL Bus og Kommissionen. For det første har hver af dem gjort gældende, at der for at afgøre, om der er sket en overførsel af en virksomhed i henhold til artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23, skal tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder, som er kendetegnende for den omtvistede virksomhed. Disse omstændigheder skal anses for en del af den overordnede bedømmelse af den omtvistede sag og kan derfor ikke betragtes isoleret. For det andet har de anerkendt, at Domstolen har udtalt, at i visse brancher, hvor fastholdelsen af virksomhedens personale er af afgørende betydning, kan en virksomhed bevare sin identitet efter en overførsel, hvis den nye operatør ikke kun forfølger den samme aktivitet, men også i det væsentlige beholder den samme personalegruppe.

26. SBN har gjort gældende, at der er sket en overførsel af en virksomhed. De faktiske busser (som er lette at udskifte) er af mindre betydning end personalet. Det var kun ved at overtage størstedelen af SBN's eksisterende personale, at den nye operatør kan fortsætte med at varetage en busdrift, der fungerer upåklageligt, i Landkreis Oberspreewald-Lausitz.

27. OSL Bus har derimod gjort gældende, at direktiv 2001/23 ikke finder anvendelse, når der ikke har været en mærkbar overførsel af driftsressourcer (her busserne) fra den tidligere operatør til den nye operatør. Bustrafik er netop en af de brancher, som i det væsentlige ikke er afhængig af uddannet personale. I denne branche skabes merværdien navnlig via de materielle driftsmidler – busserne. Tjenesteydelserne kan ikke leveres uden disse driftsmidler. Det er således afgørende, om busserne er blevet overført mellem de tidligere og de nye operatører.

22 – Dom af 11.7.2018, Somoza Hermo og Ilunión Seguridad (C-60/17, EU:C:2018:559, præmis 26-28).

23 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59).

24 – Jf. punkt 11 og 12 ovenfor.

28. Kommissionen har ligeledes gjort gældende, at det fremgår af Domstolens dom i Liikenne-sagen [25], at bustrafik ikke er en branche, hvor leveringen af tjenesteydelsen afhænger af personalet. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om der er tilstrækkelige faktorer, som angiver, at der er sket en overførsel. Efter Kommissionens opfattelse kan betydningen af, at der ikke blev overført nogen materielle driftsmidler, ikke imødegås af, at den tidligere operatør udøvede den pågældende aktivitet med materielle driftsmidler, der havde mistet hovedparten af deres materielle værdi på grund af deres alder, og fordi de var forældede som følge af tekniske forbedringer inden for branchen.

29. Det forekommer mig, at Domstolen med henblik på at sikre, at direktiv 2001/23 anvendes ensartet, i det væsentlige har nærmet sig spørgsmålet om at afgøre, om der er sket en overførsel i den i direktivets artikel 1, stk. 1, litra b), omhandlede forstand, ved at undersøge, om den pågældende enhed *bevarer sin identitet* [26]. Denne tilgang giver en ensartet anvendelse på trods af forskellene mellem direktivets forskellige sprogversioner og uoverensstemmelserne mellem medlemsstaternes lovgivninger i forhold til, hvad der udgør en retlig overgang. Domstolen har foretaget en tilstrækkeligt fleksibel fortolkning i overensstemmelse med formålet med direktiv 2001/23 [27].

30. For at afgøre, om en enhed bevarer sin identitet, skal der tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder, som kendetegner den pågældende transaktion, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Disse elementer skal vurderes som led i den samlede bedømmelse af omstændighederne i den foreliggende sag og kan følgelig ikke vurderes isoleret. Domstolen har navnlig fastslået, at den nationale ret ved vurderingen af de faktiske omstændigheder, som kendetegner den pågældende transaktion, bl.a. skal tage hensyn til, hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om [28]. Heraf følger, at afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktiv 2001/23 er tale om en overførsel, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften [29].

31. Vanskeligheden ligger her i at afgøre, hvordan disse kriterier skal anvendes, navnlig ved vurderingen af, hvilken vægt de forskellige faktorer i vurderingen skal tillægges. Det forekommer mig, at det ikke blot er et spørgsmål om, hvorvidt personalet *eller* de materielle driftsmidler (busserne) blev overført til den nye operatør. Udgangspunktet for enhver vurdering bør snarere være formålet med direktiv 2001/23, som er at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af en ny arbejdsgiver, især for at varetage deres rettigheder [30]. Efter min opfattelse kræver enhver afgørelse en større nuanceringsgrad end den, som partnerne i disse retsforhandlinger har foreslået.

32. I henhold til artikel 3, stk. 1, i direktiv 2001/23 overgår forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt (eller et arbejdsforhold), som eksisterede på tidspunktet for overførslen, automatisk til erhververen på tidspunktet for overførslen.

25 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

26 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, præmis 27), jf. den nyere dom af 11.7.2018, Somoza Hermo og Ilunión Seguridad (C-60/17, EU:C:2018:559, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

27 – Dom af 20.1.2011, CLECE (C-463/09, EU:C:2011:24, præmis 29 og den deri nævnte retspraksis).

28 – Dom af 11.7.2018, Somoza Hermo og Ilunión Seguridad (C-60/17, EU:C:2018:559, præmis 30 og 31 og den deri nævnte retspraksis).

29 – Dom af 11.7.2018, Somoza Hermo og Ilunión Seguridad (C-60/17, EU:C:2018:559, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

30 – Tredje, femte og sjette betragtning til direktiv 2001/23.

33. Lovgivningens tilblivelse bekræfter, at når en virksomhed overføres, er beskyttelsen af arbejdsforholdet mellem overdrageren og de arbejdstagere, der overføres til den nye operatør, kernen i direktiv 2001/23[31]. Afgørelsen af, om den pågældende enhed bevarer sin identitet, og vurderingen af de faktiske forhold og omstændigheder skal derfor foretages i overensstemmelse med dette centrale formål.

34. Det følger af Domstolens praksis, at en sådan vurdering nødvendigvis må være fleksibel. Den vægt, som elementerne i vurderingen skal tillægges, er dermed forskellig afhængig af den pågældende sag. På den ene side har Domstolen fastslået, at når arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, kan identiteten af en økonomisk enhed ikke opretholdes, hvis ikke størstedelen af den tidligere operatørs arbejdsstyrke overtages af den nye operatør[32]. Når udstyr på den anden side udgør den væsentligste del af en særlig aktivitet, udelukker den omstændighed, at den tidligere arbejdsstyrke ikke overtages af den nye operatør til at udføre denne aktivitet, ikke, at der foreligger en overførsel af en økonomisk enhed som omhandlet i direktiv 2001/23[33].

35. Den forelæggende ret har her anført, at det var vigtigt for at sikre, at der er lokal busdrift i Landkreis Oberspreewald-Lausitz, at arbejdskraften (buschaufførerne og de ledende medarbejdere) blev overført problemfrit mellem den gamle og den nye operatør[34]. Der kan imidlertid ikke udledes noget af forelæggelsesafgørelsen om, at busserne eller andre materielle driftsmidler var afgørende for virksomheden, navnlig på det tidspunkt, hvor den kompetente myndighed offentliggjorde udbudsbekendtgørelsen.

36. Det forekommer mig derfor, at SBN og OSL Bus ikke kan have ret, for så vidt som de to sagsøgte i hovedsagen begge har foreslået, at det *automatisk* følger heraf, at der er (eller omvendt ikke er) tale om en overførsel af en virksomhed alt efter, om en af de af Domstolen identificerede faktorer foreligger. Den vurdering, der skal foretages, er mere kompleks end som så.

37. I Schmidt-dommen[35] tog Domstolen særligt stilling til spørgsmålet, om den manglende overførsel af materielle driftsmidler *udelukker*, at der er tale om en overførsel, som er omfattet af direktiv 77/187[36]. Domstolen besvarede spørgsmålet klart benægtende. Den bemærkede, at tidligere retspraksis havde nævnt overdragelse af sådanne aktiver blandt »de forskellige kriterier, som den nationale domstol skal lægge til grund ved en samlet vurdering af en kompliceret transaktion med henblik på at bedømme, om der foreligger overførsel af en virksomhed«[37]. Det *blotte* forhold, at en overførsel af materielle driftsmidler var opregnet som et kriterium, tillader imidlertid ikke den slutning, at der ikke

31 – Jf. begrundelsen til Kommissionens forslag til direktiv, KOM(74) 351, endelig udg./2 af 21.6.1974, s. 2, 3 og 5. I 1970'erne var virksomhedsoverførsler, kollektive afskedigelser og arbejdsgiveres insolvens de tre hovedproblemstillinger i socialpolitikken, som Den Europæiske Union regulerede uden for området for ligestilling mellem kønnene, jf. Rådets resolution af 21.1.1974 om et arbejdsmæssigt og socialt handlingsprogram (EFT 1974, C 13, s. 1).

32 – Dom af 19.10.2017, Securitas (C-200/16, EU:C:2017:780, præmis 29).

33 – Dom af 19.10.2017, Securitas (C-200/16, EU:C:2017:780, præmis 30).

34 – Domstolen fik i retsmødet oplyst, at den nye operatør ansatte 85% af den tidligere operatørs personale.

35 – Dom af 14.4.1994 (C-392/92, EU:C:1994:134).

36 – Jf. punkt 1 og fodnote 2 ovenfor.

37 – Dom af 14.4.1994, *Schmidt*, C-392/92, EU:C:1994:134, præmis 16.

kan foreligge nogen overførsel af en virksomhed, når disse elementer ikke er til stede. Domstolen erindrede om, at den tidligere havde fastslået (i Spijkers-dommen [38]), at den faktor *ikke* var afgørende i sig selv. Den konkluderede derfor, at direktivets formål, nemlig beskyttelse af arbejdstagerne, »ikke [kan] afhænge alene af [d]én faktor« [39].

38. Den forelæggende ret har i forelæggelseskendelsen anført, at det i praksis ikke var muligt for OSL Bus at overtage den af SBN anvendte busflåde, fordi betingelserne for betjeningen af busruter i Landkreis Oberspreewald-Lausitz havde ændret sig. Der gjaldt nu strengere udstødningskrav. Busser, der var i brug, måtte ikke være mere end 15 år gamle (SBN's busser var gennemsnitligt 13 år gamle på det tidspunkt, hvor den nye operatør overtog busdriften). En stor andel af de anvendte køretøjer skulle have adgang for handicappede. Der var en generel overgang til at anvende elbusser snarere end busser, der kørte på benzin eller diesel, og den forelæggende ret tog hensyn til, at den nye operatørs kontrakt var for en periode på 10 år. Hvad angår personalet har den forelæggende ret anført, at »[b]uschauffører er afgørende for den økonomiske enhed«. Det fremgik af udbudsbetingelserne, at »ordremodtageren skal sikre, at chaufførerne lever op til kravene til en attraktiv offentlig trafiktjeneste med stor vægt på service og kunder«. Den forelæggende ret har også givet udtryk for det synspunkt, at erfarne buschauffører er »det vigtigste aktiv, og [at] der er mangel på dem« i landområder, såsom Landkreis Oberspreewald-Lausitz [40].

39. Om den pågældende bedrift har bevaret sin identitet, er i sidste ende et spørgsmål vedrørende de faktiske omstændigheder, og det tilkommer derfor den forelæggende ret at besvare dette. Det fremgår af fast retspraksis, at opretholdelsen af identiteten bl.a. fremgår af den omstændighed, at den nye arbejdsgiver rent faktisk fortsætter eller genoptager de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter [41].

40. Her er det i forelæggelsesafgørelsen anført, at OSL Bus, som er den nye operatør, i det væsentlige udførte samme bustrafiktjenester som den af den tidligere operatør, SBN, udførte. Tjenesterne blev på intet tidspunkt afbrudt [42]. Trafiktjenesterne blev udført for den samme kunde, den kontraherende myndighed, sandsynligvis for at betjene mange af de samme ruter for mange af de samme passagerer.

41. Er det på denne baggrund af afgørende betydning, at der ikke skete nogen overførsel af materielle driftsmidler?

42. OSL Bus har lagt særlig vægt på det, som selskabet har beskrevet som »merværdien af den tidligere operatørs materielle driftsmidler«. Selskabet har gjort gældende, at de af den forelæggende ret i forelæggelsesafgørelsen opregnede faktorer er uden betydning. Sagen bør bedømmes abstrakt, og det er afgørende, om der er blevet overført materielle driftsmidler til den nye operatør.

43. Jeg er ikke enig heri.

38 – Dom af 18.3.1986 (24/85, EU:C:1986:127, præmis 12).

39 – Dom af 14.4.1994, Schmidt (C-392/92, EU:C:1994:134, præmis 16). Den engelske oversættelse af dommen er uheldig (navnlig på grund af anvendelsen af ordet »subject-matter« for »objet«). Jeg har omskrevet for at udtrykke det, som efter min opfattelse er betydningen af det originalsprog, hvorpå dommen blev udarbejdet (fransk). Teksten har denne ordlyd: »[…] La circonstance que la jurisprudence de la Cour cite le transfert de tels éléments au nombre des différents critères à prendre en compte par le juge national pour, dans le cadre de l'évaluation d'ensemble d'une opération complexe, apprécier la réalité d'un transfert d'entreprise ne permet pas de conclure que l'absence de ces éléments exclue l'existence d'un transfert. En effet, le maintien des droits des travailleurs qui, selon son intitulé même, est l'objet de la directive, ne saurait dépendre de la seule prise en considération d'un facteur dont la Cour a, d'ailleurs, déjà relevé qu'il n'était pas, à lui seul, déterminant (voir arrêt du 18 mars 1986, Spijkers, 24/85, EU:C:1986:127, point 12).«

40 – Jf. punkt 15 og 16 ovenfor.

41 – Dom af 14.4.1994, Schmidt (C-392/92, EU:C:1994:134, præmis 17).

42 – SBN ophørte med at udføre bustrafiktjenesterne for den kontraherende myndighed den 31.7.2017. OSL Bus påbegyndte varetagelsen af bustrafiktjenesterne den 1.8.2017.

44. Overførslen af en virksomhed sker ikke abstrakt. Tværtimod: De af den forelæggende ret nævnte elementer er i overensstemmelse med de faktorer, som Domstolen har identificeret som relevante i sin omfattende praksis. Det er netop, fordi overførslen af en virksomhed har reelle og praktiske virkninger, ikke kun for de involverede enheder, men også for deres ansatte, at EU-lovgiver besluttede at handle inden for denne sfære. Det vil derfor være helt urimeligt at undersøge sådanne sager fra en helt abstrakt synsvinkel. Den af Domstolen anvendte test er en fuldkommen praktisk test, der bygger på den virkelige verden: Er der tale om en »overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet« i den i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23 omhandlede forstand?. Denne vurdering kan ikke indskrænkes til at afgøre, om materielle driftsmidler er overført fra den gamle til den nye operatør.

45. Følger det nødvendigvis af Liikenne-dommen [43], at fordi den tidligere operatør ikke overførte den eksisterende (gamle) busflåde til den nye operatør, er der ikke her sket en overførsel af en virksomhed?

46. Liikenne-dommen [44] vedrørte en kontrakt på tre år om tildeling af driften af syv regionale busruter. Den gamle operatør (Hakulinan Liikenne, herefter »HL«) betjente ruterne med 26 busser. Mens den nye operatør (Liikenne) afventede leveringen af 22 nye busser, som dette selskab havde bestilt, lejede det 2 busser af HL for en periode på to eller tre måneder og købte nogle uniformer [45]. Selskabet overtog ikke andre køretøjer eller andre væsentlige aktiver permanent.

47. Domstolen begyndte med at redegøre for en række generelle punkter fra fast retspraksis. Disse omfattede en henvisning til formålene med direktiv 2001/23, hvad der udgør en virksomhed i henhold til dette direktiv, en redegørelse for testen og kriterierne for bedømmelse af, om der er sket en »overførsel« i den i direktivets artikel 1, stk. 1, litra b), omhandlede forstand, og en påmindelse om, at det tilkommer den nationale ret at bedømme de faktiske omstændigheder i en konkret sag [46].

48. Det er de følgende afsnit i dommen, som potentielt kan føre til vanskeligheder:

»39 Bustransport kan […] ikke anses for en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft, idet der kræves omfattende materiel og anlæg (jf. den samme konstatering for så vidt angår anlæg af minegange, Allen-dommen [47], præmis 30). Den manglende overførsel af materielle aktiver til drift af de pågældende busruter fra den gamle til den nye kontraktmodtager er en omstændighed, der skal tages i betragtning.

40 De i hovedsagen sagsøgtes advokat har under den mundtlige forhandling understreget den økonomiske værdi af den mellem den ordregivende myndighed YTV og Liikenne indgåede kontrakt ved at anføre, at det drejer sig om et betydeligt immaterielt aktiv. Denne værdi kan ikke bestrides; i tilfælde, hvor en kontrakt skal fornyes, bliver værdien af et sådant immaterielt aktiv ved udløbet af den gamle ordremodtagers kontrakt ganske vist i princippet nul, idet kontrakten netop udbydes.

41 Såfremt en udbudsprocedure som den i hovedsagen omhandlede forudsætter, at den nye kontraktpart overtager løbende kontrakter med kundekredsen, eller såfremt størstedelen af denne kan anses for bunden, må det ikke desto mindre antages, at der foreligger en overførsel af kundekredsen.

43 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

44 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

45 – Generaladvokat Légers forslag til afgørelse Liikenne (C-172/99, EU:C:2000:563, punkt 10). Disse faktiske omstændigheder er gentaget i dommens præmis 9 og 10.

46 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, jf. især præmis 19, 26, 27, 31, 33 og 35).

47 – Dom af 2.12.1999, Allen m.fl. (C-234/98, EU:C:1999:594).

42 I en branche som regulær offentlig bustransport, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, 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.

43 Dette medfører således i en situation som den i hovedsagen omhandlede, at direktiv 77/187 ikke finder anvendelse, såfremt der ikke er overført væsentlige fysiske elementer mellem den gamle kontraktpart og den nye.«

49. Svaret til den nationale ret var derfor, at »[…] [direktiv 77/187] ikke *i en situation som den i hovedsagen omhandlede* finder anvendelse, når der ikke er sket en overførsel af væsentlige fysiske elementer mellem de to ovennævnte virksomheder« [48].

50. På baggrund af de afsnit, jeg netop har citeret fra Liikenne-dommen, roser jeg med al respekt Arbeitsgericht Cottbus – Kammern Senftenberg (arbejdsretten i Cottbus, afdelingerne i Senftenberg) for dennes loyalitet og sunde fornuft ved at foretage denne forelæggelse.

51. Betyder Domstolens afgørelse i Liikenne-sagen, at den nationale ret ikke her kan nå til en anden konklusion på grundlag af en række andre omstændigheder, hvor ændringen af operatøren af regional bustrafik heller ikke omfattede overførslen af den eksisterende busflåde fra den gamle operatør til den nye operatør?

52. Det er ikke min opfattelse.

53. Efter min opfattelse er omstændighederne i denne sag åbenlyst meget anderledes på afgørende punkter end dem, der gav anledning til afgørelsen i Liikenne-sagen.

54. Det er naturligvis umuligt at varetage busdrift uden at have busser og chauffører til at køre dem. Når det er sagt, er der intet i de faktiske omstændigheder i Liikenne-sagen, som de fremgår af generaladvokat Légers forslag til afgørelse [49] og af dommen [50], der antyder, at den nye operatørs beslutning om ikke at overtage den gamle operatørs busflåde var dikteret af retlige, tekniske eller miljømæssige grunde. Liikenne synes at have haft næsten tilstrækkeligt med busser til at betjene de syv yderligere ruter, hvoraf selskabet overtog driften (det lejede 2 busser af HL i en kortere periode), og det havde 22 nye busser, som allerede var bestilt. Hvorfor skulle det (kommercielt) så også have overtaget HL's eksisterende flåde på 26 busser?

55. I den foreliggende sag var den kontrakt, der blev udbudt, for en over tre gange så lang periode (ti år i stedet for tre år). Kontrakten vedrørte busdriften i en hel region, hvor det sandsynligvis var af betydning, at det var let at udskifte busserne med hinanden på de forskellige ruter. Det må formodes at have været en relevant betragtning, om den eksisterende busflåde fornuftigvis kunne anvendes i hele kontraktens løbetid. Tyve år senere end de faktiske omstændigheder i Liikenne-sagen [51] havde udbudsbetingelserne gjort det krystalklart for potentielle bydende, at anlægsaktiverne (busserne), der skulle anvendes i den nye udbudsperiode på ti år, skulle opfylde bestemte nye (strengere) tekniske og miljømæssige normer.

56. Forelæggelsesafgørelsen indeholder dermed rigeligt materiale til at konkludere (naturligvis med forbehold for enhver yderligere nødvendig efterprøvelse fra den nationale rets side, idet den har enekompetence for så vidt angår de faktiske omstændigheder), at – fuldstændigt uafhængigt af antallet af busser i den flåde, som den nye operatør allerede ejede – det ikke gav mening for denne operatør at

48 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, præmis 44 og punkt 2, andet led, i domskonklusionen (»dispositif«)). Min fremhævelse.

49 – Generaladvokat Légers forslag til afgørelse Liikenne (C-172/99, EU:C:2000:563, punkt 8-14).

50 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, præmis 8-14).

51 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59).

overtage den gamle operatørs eksisterende busflåde, fordi *den nye operatør ikke ville være i stand til at anvende disse busser til at opfylde dennes nye kontraktuelle og retlige forpligtelser*. De pågældende køretøjer var tæt på udløbet af deres tilladte levetid, og de opfyldte ikke de retlige, tekniske og miljømæssige krav i udbudsbetingelserne. Hvis den eksisterende busflåde var blevet overført, ville de *ikke* (for at anvende ordene i Liikenne-dommens præmis 42 [52]) have været »uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden«. De ville skulle skrottes.

57. Under omstændigheder, hvor retlige, tekniske og miljømæssige begrænsninger betyder, at det ikke er driftsøkonomisk bæredygtigt for den nye operatør at overtage den gamle operatørs materielle driftsmidler, forekommer det mig, at den rette vej for den nationale ret er at *se bort fra*, hvad der er sket med de materielle driftsmidler, og at fokusere på transaktionens øvrige elementer ved vurderingen af, om der er sket en overførsel af en virksomhed, der er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2001/23. Som Domstolen udtalte i Liikenne-dommen [53], idet jeg sætter henvisningen til materielle driftsmidler i firkantede parenteser: »Ved bedømmelsen af, om betingelserne for, at der er tale om overførsel af en enhed, er opfyldt, må der […] tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, [hvorvidt der er sket en overførsel af de materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre,] værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Alle disse omstændigheder kan dog kun indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret (jf. bl.a. Spijkers-dommen [54], præmis 13, og Süzen-dommen [55], præmis 14).«

58. Jeg tilføjer, at en bedømmelse, som udelukkende er fokuseret på, at *ikke* der ikke blev overført sådanne materielle driftsmidler, kan underminere hovedformålet med direktiv 2001/23. Det vil være alt for let for den nye operatør at strukturere transaktionen på en sådan måde, at den ikke er omfattet af direktivet, ved at undlade at overtage de materielle driftsmidler (det forekommer endog sandsynligt, at denne vil gøre netop dette). Som følge heraf ville den nye operatør så være i stand til at undgå de forpligtelser, som denne ellers ville pådrage sig over for den gamle operatørs arbejdstagere. Det er åbenbart, at dette ikke kan være rigtigt.

59. Den tilgang, som jeg foreslår, modsiger ikke Liikenne-dommen [56]. Enhver sag om overførsel af en virksomhed kræver, at den nationale ret anvender de i Domstolens praksis opstillede kriterier på de specifikke faktiske forhold i den for retten verserende sag. Som jeg har vist, var de faktiske forhold og omstændigheder i Liikenne-sagen [57] afgørende anderledes end de i den foreliggende sag omhandlede. Begrundelsen i Liikenne-dommen [58] kan opretholdes, og en anden konklusion kan stadig drages her på grundlag af disse meget anderledes faktiske forhold.

60. Jeg er derfor af den opfattelse, at den nationale ret ved afgørelsen af, om en økonomisk enhed har bevaret sin identitet, og om der dermed er sket en overførsel af en virksomhed i henhold til artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23, bør i) tage hensyn til direktivets hovedformål om at beskytte arbejdstagerne og varetage deres rettigheder i tilfælde af en ny arbejdsgiver i fuldt omfang og ii) vurdere alle de faktiske forhold og omstændigheder vedrørende den omtvistede transaktion, herunder retlige specifikationer og teknologisk udvikling vedrørende driften af den pågældende erhvervsaktivitet. Det forhold, at væsentlige materielle driftsmidler ikke er blevet overført, er relevant, men ikke nødvendigvis afgørende.

52 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59).

53 – Dom af 25.1.2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, præmis 33).

54 – Dom af 18.3.1986, Spijkers (24/85, EU:C:1986:127).

55 – Dom af 11.3.1997, Süzen (C-13/95, EU:C:1997:141).

56 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

57 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

58 – Dom af 25.1.2001 (C-172/99, EU:C:2001:59).

Forslag til afgørelse

61. På baggrund af ovenstående betragtninger er jeg af den opfattelse, at Domstolen bør besvare de af Arbeitsgericht Cottbus – Kammern Senftenberg (arbejdsretten i Cottbus, afdelingerne i Senftenberg, 11. afdeling, Tyskland) forelagte spørgsmål på følgende måde:

»Ved afgørelsen af, om en økonomisk enhed har bevaret sin identitet, og om der dermed er sket en overførsel af en virksomhed i henhold til artikel 1, stk. 1, litra b), 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, bør den nationale ret

– tage hensyn til direktivets hovedformål om at beskytte arbejdstagerne og varetage deres rettigheder i tilfælde af en ny arbejdsgiver i fuldt omfang og

– vurdere alle de faktiske forhold og omstændigheder vedrørende den omtvistede transaktion, herunder alle retlige, tekniske og miljømæssige begrænsninger vedrørende driften af den pågældende erhvervsaktivitet.

Hvis overførslen af materielle driftsmidler i praksis er udelukket på grund af sådanne retlige, tekniske og miljømæssige begrænsninger, bør den nationale ret ikke anse dette aspekt af transaktionen for nødvendigvis at være afgørende ved afgørelsen af, om der er sket en overførsel af en virksomhed i henhold til artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23/EF eller ej.«