FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT E. SHARPSTON fremsat den 6. maj 2010[1]

1. Domstolen er med denne præjudicielle forelæggelse igen blevet anmodet om at fortolke 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 (herefter »direktiv 2001/23«)[2]. I dette tilfælde er den rejste problematik imidlertid en, som Domstolen endnu ikke har truffet afgørelse om, dvs. betydningen af udtrykket »bevarer sin uafhængighed« i direktivets artikel 6, stk. 1.

Relevante retsforskrifter

EU-ret

2. I tredje betragtning til direktiv 2001/23 anføres, at »[d]et er nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder«.

3. Femte betragtning erindrer om, at »[i] fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, som blev vedtaget den 9. december 1989 (socialpagten), hedder det i punkt 7, 17 og 18 bl.a., at »etableringen af det indre marked skal føre til en forbedring af arbejdstagernes leve- og arbejdsvilkår inden for 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. Informationen og høringen af arbejdstagerne samt disses medbestemmelse skal udbygges på passende vis under hensyntagen til gældende praksis i de forskellige medlemsstater. Denne information, høring og medbestemmelse skal gennemføres i god tid, især i forbindelse med omstruktureringer eller fusioner mellem virksomheder, som vil kunne påvirke arbejdstagernes beskæftigelse««.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — EFT L 82, s. 16. Direktivet kodificerer og erstatter 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, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26) (herefter »direktiv 77/187«), som blev ændret ved Rådets direktiv 98/50/EF af 29.6.1998 (EFT L 201, s. 88) (herefter »direktiv 98/50«). Jeg henviser nedenfor samlet til disse direktiver som »direktiverne om erhvervede rettigheder«.

4. Direktivets artikel 1 fastlægger dets anvendelsesområde. Artikel 1 bestemmer:

»1. a) Dette direktiv 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.

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.

c) Dette direktiv finder anvendelse på offentligretlige og privatretlige virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje […]«

5. Direktivets artikel 2 giver visse definitioner. Artikel 2 bestemmer, for så vidt det er relevant:

»1. I dette direktiv forstås ved:

a) »overdrager«: 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

b) »erhverver«: 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

c) »repræsentanter for arbejdstagerne« og beslægtede udtryk: repræsentanter for arbejdstagerne i henhold til lovgivning eller praksis i medlemsstaterne

d) »arbejdstager«: enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning.

2. Dette direktiv berører ikke national lovgivning med hensyn til definitionen af arbejdskontrakt eller arbejdsforhold.

[…]«

6. Artikel 3 er en del af kapitel II, der har overskriften »Varetagelse af arbejdstagernes rettigheder«. I medfør af artikel 3, stk. 1, overgår overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, som følge af denne overførsel til erhververen.

7. Artikel 3, stk. 3, opstiller regler for kollektive aftaler i forbindelse med en overførsel. Artiklen bestemmer:

»Efter overførslen skal erhververen 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.

[…]«

8. Direktivets artikel 6 vedrører retsstilling og funktioner for repræsentanterne eller repræsentationen for medarbejderne efter en overførsel. Artikel 6 bestemmer:

»1. Såfremt en virksomhed eller bedrift eller en del af en virksomhed eller bedrift bevarer sin uafhængighed, har repræsentanterne eller repræsentationen for de af overførslen berørte arbejdstagere fortsat den retsstilling og funktion, som de havde inden datoen for overførslen, og som er fastsat i love eller administrative bestemmelser eller ved en overenskomst, forudsat at de nødvendige betingelser for sammensætning af en repræsentation for arbejdstagerne er til stede.

Første afsnit finder ikke anvendelse, hvis de nødvendige betingelser for nyudpegning af repræsentanter for arbejdstagerne eller ny sammensætning af repræsentationen for arbejdstagerne er til stede i henhold til medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser eller i henhold til en overenskomst med repræsentanterne for arbejdstagerne.

Når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver, og som er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed (som kan være en kurator, der er godkendt af en kompetent offentlig myndighed), kan medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de overførte arbejdstagere repræsenteres på behørig vis, indtil det nye valg eller den nye udpegning af arbejdstagerrepræsentanter har fundet sted.

Såfremt en virksomhed eller bedrift eller en del af en virksomhed eller bedrift ikke bevarer sin uafhængighed, træffer medlemsstaterne de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de overførte arbejdstagere, som var repræsenteret inden overførslen, fortsat repræsenteres på behørig vis i den periode,

der er nødvendig for på ny at kunne sammensætte eller udpege en repræsentation for arbejdstagerne i overensstemmelse med national lovgivning eller praksis.

2. Såfremt mandatet for repræsentanterne for de af overførslen berørte arbejdstagere udløber på grund af denne overførsel, er disse repræsentanter stadig omfattet af de beskyttelsesforanstaltninger, som er fastsat i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser, eller som anvendes i henhold til gældende praksis.«

National ret

9. Artikel 67, stk. 1, in fine i Estatuto de los Trabajadores (den spanske lov om arbejdstagere) bestemmer:

»Der kan afholdes delvise valg [inden for en virksomhed] efter afgang eller afskedigelser eller for at tilpasse arbejdstagerrepræsentationen efter en forøgelse af arbejdsstyrkens størrelse. Kollektive aftaler kan fastsætte foranstaltninger, der skal træffes for at tilpasse arbejdstagerrepræsentationen til de væsentlige nedsættelser i arbejdsstyrken, der kan ske inden for en virksomhed. Hvis der ikke findes en sådan bestemmelse, skal en sådan tilpasning være aftalt mellem virksomheden og arbejdstagerrepræsentanterne.«

Faktiske omstændigheder, hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

10. Ved dekret nr. 5983/80 af 25. august 2008 fra borgmesterkontoret i La Línea de la Concepción blev det besluttet, at visse kommunale offentlige tjenesteydelser, der tidligere var outsourcet, skulle tilbagetages. Nærmere bestemt skulle hele det personale, der var ansat hos de virksomheder, der præsterede følgende outsourcede tjenesteydelser, overtages: (i) pedeltjenester ved offentlige skoler, (ii) rengøring af offentlige skoler, (iii) rengøring af veje, og (iv) vedligeholdelse af parker og haveanlæg.

11. Disse tjenesteydelser havde hidtil været præsteret af fire adskilte virksomheder i den private sektor. De 20 personer, som er medsagsøgte i hovedsagen, var, forud for at tjenesteydelserne blev taget tilbage, de juridiske repræsentanter for de af overførslen omfattede medarbejdere.

12. Den 10. september 2008 afviste kommunen som svar på forskellige anmodninger fra de berørte personer at anerkende deres retsstilling som medarbejderrepræsentanter. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at denne afvisning byggede på det forhold, at »[e]ftersom nævnte arbejdstagere tilhører det nuværende kommunale personale, er det opfattelsen, at sådanne repræsentanter er ophørt med deres funktioner, uanset respekten for de

garantier, der er fastsat for disse repræsentanter i loven«.

13. Forelæggelseskendelsen anfører, at sagsøgeren i hovedsagen, UGT-FSP (den fagforening, der repræsenterer de berørte medarbejdere), herefter anmodede den sagsøgte myndighed om forskellige afklaringer vedrørende afgørelsen. Derefter anlagde fagforeningen den 13. november 2008 sag ved Juzgado de lo Social Único de Algeciras (socialdomstolen i Algeciras), hvorunder den nedlagde påstand om, at retten bl.a. skulle erklære, at de pågældende repræsentanter var berettiget til at fortsætte deres mandat, indtil det udløb.

14. Forelæggelseskendelsen er kortfattet hvad angår beskrivelsen af den faktiske baggrund for den overførsel, der medførte, at tjenesteydelserne blev taget tilbage.

15. Forelæggelseskendelsen anfører blot, at den kommunale forvaltning efter kommunens tilbagetagelse af de forskellige outsourcede offentlige tjenesteydelser indtrådte i de rettigheder og pligter, der gjaldt i forhold til de medarbejdere, der var ansat i de virksomheder, der indtil da havde præsteret de outsourcede offentlige tjenesteydelser, og disse blev »en del af« kommunens personale, men at det er de selv samme arbejdstagere, der i dag er ansat i de samme stillinger og udøver de samme funktioner som før nævnte tilbagetagelse, i de samme virksomheder og under ledelse af de samme umiddelbart foresatte uden væsentlige ændringer i deres arbejdsforhold. Den eneste ændring er, at deres øverste ledelse er de pågældende indehavere af offentlige embeder (byrådsmedlemmer eller borgmester).

16. Den nationale rets henvisning til de pågældende medarbejdere som »en del af« den nye arbejdsgivers personale forstår jeg således, at disse medarbejdere nu blot indgår i den nye arbejdsgivers personale. Det er ikke et forsøg på — på dette trin i den for den nationale ret verserende sag — at træffe afgørelse om det omfang, i hvilket de berørte medarbejdere er blevet indlemmet i den nye arbejdsgivers personale.

17. Forelæggelseskendelsen anfører intet om, hvorvidt den nationale ret har truffet afgørelse om, hvorvidt der var tale om en overførsel af de pågældende tjenesteydelser som omhandlet i direktiv 2001/23. Den anfører navnlig ikke, om der som led i transaktionen for at tage tjenesteydelserne tilbage blev overført nogen materielle aktiver, eller endog i hvilket omfang præstationen af disse tjenesteydelser krævede brug af sådanne aktiver.

18. Eftersom Juzgado de lo Social Único de Algeciras er af den opfattelse, at det er nødvendigt at fortolke begrebet »uafhængighed« i artikel 6 i direktiv 2001/23 for at træffe afgørelse i hovedsagen, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»Er betingelsen om bevarelse af uafhængigheden, som er nævnt i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/23 […], opfyldt i en faktisk situation (som den i hovedsagen foreliggende), hvor en kommunal forvaltning efter den pågældende kommunes tilbagetagelse af forskellige koncessioner på offentlige tjenesteydelser rent

faktisk er indtrådt i de rettigheder og forpligtelser, der gjaldt i forhold til de medarbejdere, der var ansat i de hidtidige koncessionshavende virksomheder, og disse er blevet en del af kommunens personale, men det er de selv samme arbejdstagere (uden undtagelse), der i dag er ansat i de samme stillinger og udøver de samme funktioner som før nævnte tilbagetagelse, i de samme virksomheder og under ledelse af de samme umiddelbart foresatte (hierarkisk overordnede) uden væsentlige ændringer i arbejdsvilkårene, og hvor den eneste ændring er, at deres øverste ansvarlige (der rangerer over de tidligere ledere) er de pågældende indehavere af offentlige embeder (byrådsmedlemmer eller borgmester)?«

19. Ministerio Fiscal (statsadvokaten), den spanske regering og Europa-Kommissionen har indleveret skriftlige indlæg. Der er ikke blevet afholdt noget retsmøde, eftersom der ikke er anmodet herom.

Bedømmelse

Indledende bemærkning

20. Selv om statsadvokaten har kritiseret den nationale ret for at have forelagt sagen (eftersom betydningen af artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/23 efter hans opfattelse er meget klar), har han ikke anfægtet det præjudicielle spørgsmåls relevans eller foreslået, at forelæggelsen skal afvises. Jeg er ikke i tvivl om, at forelæggelsen skal antages til realitetsbehandling.

Begrebet »overførsel« i artikel 1 i direktiv 2001/23

21. Selv om den nationale rets præjudicielle spørgsmål kun vedrører problematikker i forbindelse med medarbejderrepræsentationen i henhold til artikel 6 i direktiv 2001/23, er det også nødvendigt at knytte nogle bemærkninger til begrebet »overførsel« i artikel 1's forstand.

22. Dette skyldes to forhold. For det første har den spanske regering i det skriftlige indlæg spurgt, om der faktisk er sket en relevant overførsel under de omstændigheder, der er beskrevet i forelæggelseskendelsen. Kommissionen har opfordret Domstolen til at behandle sagen på det grundlag, at der er sket en sådan overførsel. For det andet er en forståelse af, hvad der menes med henvisningen i artikel 1, stk. 1, litra b), til, at virksomheden bevarer sin »identitet«, efter min opfattelse

væsentlig for en korrekt forståelse af begrebet »uafhængighed« i artikel 6, stk. 1.

23. Den spanske regering har i sit indlæg detaljeret henvist til Domstolens praksis vedrørende spørgsmålet om, hvornår der er, og hvornår der ikke er tale om en overførsel i henhold til direktivet. Dette ræsonnement tager, så vidt jeg forstår, udgangspunkt i en formodning om, at det ved afgørelsen af, om en overført virksomhed bevarer sin uafhængighed i henhold til artikel 6, er tilstrækkeligt at afgøre, om virksomheden er blevet overført i den i artikel 1, stk. 1, litra b), omhandlede forstand.

24. Jeg vil nedenfor behandle sammenhængen mellem disse to artikler [3]. Da spørgsmålet om, hvorvidt den i hovedsagen omtvistede overførsel udgjorde en overførsel i den i direktivets artikel 1, stk. 1, litra b), omhandlede forstand, er blevet rejst, vil jeg først behandle dette spørgsmål.

25. Jeg ønsker herved ikke i dette forslag til afgørelse at foretage en omfattende vurdering af Domstolens praksis indtil nu. Flere generaladvokater, senest generaladvokat Mengozzi i forslaget til afgørelse i Klarenberg-sagen [4], har allerede foretaget denne øvelse.

26. Jeg tilsigter snarere blot kortfattet at henvise til de forhold, der er opregnet i lovgivningen og navnlig i Domstolens praksis, og som den nationale ret bør tage i betragtning for at udelukke enhver tvivl, hvis der er tvivl om, hvorvidt overførslen i den foreliggende sag er en overførsel, hvorpå direktivets artikel 1, stk. 1, litra b), fandt anvendelse, og dermed overførsel af en virksomhed. Medmindre dette spørgsmål kan besvares bekræftende, opstår problematikken om uafhængighed i artikel 6 ikke.

27. Direktiverne om erhvervede rettigheder er generelt blevet anset for at finde anvendelse, »hvor der som led i en aftale sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens eller bedriftens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden eller bedriften« [5]. En udskiftning af denne art er væsentlig for, at der kan være en overførsel i henhold til direktiv 2001/23 [6]. Dette udelukker naturligvis ikke, at ansættelsesforholdet videreføres fra den tidligere arbejdsgiver til den nye arbejdsgiver i forbindelse med den blotte overførsel af aktiver, men følgerne af en sådan overførsel er alene underlagt national ret.

3 — Jf. punkt 48 ff. nedenfor.

4 — Sag C-466/07, Sml. I, s. 803, punkt 20 ff.

5 — Jf. navnlig dom af 10.2.1988, sag 324/86, Tellerup, Sml. s. 739, »Daddy's Dance Hall«, præmis 9.

6 — Af praktiske hensyn bruger jeg ordet »virksomhed«, både her og nedenfor, som omfattende en virksomhed, en bedrift eller en del af en virksomhed eller en bedrift, og jeg vil henvise til en overførsel, som direktiverne om erhvervede rettigheder finder anvendelse på, som en »relevant overførsel«.

28. Domstolen har udtalt, at direktiverne om erhvervede rettigheder har til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der er aftalt med overdrageren [7].

29. Hvad angår den form, som den »retlige overførsel«, der henvises til i artikel 1, litra a), i direktiv 2001/03, skal have, har Domstolen anlagt en fortolkning af dette begreb, der er tilstrækkeligt smidig til at tilgodese direktivets formål [8].

30. I Spijkers-dommen [9] udtalte Domstolen, at det afgørende kriterium for, om der er sket en relevant overførsel, er, at der skal være sket en overførsel af en økonomisk enhed, der *bevarer sin identitet*. I dommen findes den ordlyd, der er blevet gentaget i al efterfølgende retspraksis: »[Der må] tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder ved 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«. Ikke desto mindre er alle disse omstændigheder kun »enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret« [10].

31. Den liste over faktorer, som Domstolen opstillede i Spijkers-dommen, har overlevet tidens tand. Det er imidlertid nødvendigt at tage hensyn til den type overførte virksomhed, der er tale om, og den vægt, der skal tillægges de forskellige kriterier, vil nødvendigvis afhænge af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes [11]. Domstolen er siden Schmidt-dommen [12] i 1994 flere gange blevet anmodet om detaljeret at overveje de problemstillinger, der opstår, når overførslen omfatter outsourcede aktiviteter, såsom de

7 — Jf. dom af 27.11.2008, sag C-396/07, Juuri, Sml. I, s. 8883, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også tredje betragtning til direktiv 2001/23.

8 — Jf. dom af 13.9.2007, sag C-458/05, Jouini m.fl., Sml. I, s. 7301, præmis 24 og den deri nævnte retspraksis.

9 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Sml. s. 1119.

10 — Præmis 11 og 13.

11 — Jf. i denne retning, dom af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Hidalgo m.fl., Sml. I, s. 8237, præmis 31.

12 — Dom af 14.4.1994, sag C-392/92, Sml. I, s. 1311.

i hovedsagen omtvistede. Følgende principper kan udledes af retspraksis om disse problemstillinger.

32. For det første er det klart, at en relevant overførsel kan finde sted, uanset at erhververen er et offentligtretligt organ [13], eller at den pågældende overførsel omfatter tjenesteydelser, der er outsourcet til den private sektor [14]. Direktiverne om erhvervede rettigheder finder også anvendelse, selv om den pågældende aktivitet blot supplerer overdragerens generelle aktiviteter og ikke er forbundet med dennes formål [15].

33. Heller ikke det forhold, at overførslen omfatter en tilbagetagelse af tjenesteydelser fra den tidligere outsourcende myndigheds side, som blev præsteret på myndighedens vegne af en virksomhed eller virksomheder i den private sektor, udelukker, at der er tale om en relevant overførsel [16]. Det samme gælder det forhold, at den pågældende aktivitet er velgørende. Det er klart, at en sådan aktivitet kan være en økonomisk aktivitet som omhandlet i direktiverne om erhvervede rettigheder [17].

34. Endvidere har Domstolen anerkendt, at kravet i Spijkers-dommen vedrørende overførslen af virksomhedens materielle aktiver kan være urealistisk i sager, der vedrører outsourcede aktiviteter. Årsagen hertil er enkel. Virksomheder, der udøver denne form for aktivitet, har måske ingen aktiver eller kun aktiver af mindre betydning i forhold til den overordnede udøvelse af deres aktiviteter. I Schmidt-dommen udtalte Domstolen således, at det forhold, at »der ikke er sket overdragelse af [materielle] aktiver« [18], ikke kan udelukke en overdragelse. Den fortsatte med i Süzen-dommen [19] at udtale, at »[e]n økonomisk enhed kan […] navnlig i visse brancher fungere uden materielle eller immaterielle aktiver af betydning, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver« [20].

35. Dette betyder ikke, at aktiverne i alle tilfælde af en overførsel af outsourcede tjenesteydelser bliver irrelevante. De pågældende tjenesteydelser skal være arbejdskraftsintensive for, at princippet i punkt 33 ovenfor finder anvendelse. Når tjenesteydernes aktiviteter derimod kræver brug af betydelige anlægsaktiver og udstyr og ikke kan anses for i det væsentlige at bygge på arbejdskraft, vil den manglende overførsel af en betragtelig del af disse aktiver føre til den konklusion,

13 — Dom af 26.9.2000, sag C-175/99, Mayeur, Sml. I, s. 7755, præmis 33, og artikel 1, stk. 1, litra c), i direktiv 2001/23.

14 — Schmidt-dommen, nævnt i fodnote 12 ovenfor, præmis 20.

15 — A.st, præmis 14. Jf. også artikel 1, stk. 1, litra c), i direktiv 2001/23.

16 — Dom af 10.12.1998, forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Hernández Vidal m.fl., Sml. I, s. 8179, præmis 35.

17 — Jf. Mayeur-dommen, nævnt i fodnote 13 ovenfor, præmis 40.

18 — Præmis 16. Det er ganske vanskeligt at forestille sig en overførsel af en virksomhed, der omfatter færre materielle aktiver end i den sag.

19 — Dom af 11.3.1997, sag C-13/95, Sml. I, s. 1259.

20 — Præmis 18.

at den overførte enhed ikke bibeholder sin identitet [21].

36. På samme måde skal den pågældende overførsel i alle tilfælde være en overførsel af en stabil, økonomisk enhed, dvs. »en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål« [22].

37. Det forhold, at aktiver, der er blevet brugt i den pågældende virksomheds eller bedrifts aktiviteter, er stillet til den oprindelige tjenesteyders rådighed af myndigheden, og efterfølgende stilles til rådighed for erhververen af myndigheden som led i overførslen, forhindrer imidlertid ikke nødvendigvis, at overførslen er en relevant overførsel [23]. Det er ikke væsentligt, at de pågældende aktiver overlades til medkontrahentens brug »i egen økonomisk interesse«, enten før eller efter overførslen [24].

38. Det forhold, at hele den arbejdsstyrke, der er allokeret til den pågældende virksomhed eller bedrift, er overflyttet som led i overførslen, kan være en relevant faktor, der navnlig skal tages i betragtning, når de pågældende aktiviteter — som i denne sag — sandsynligvis er arbejdskraftsintensive. Det kan dog igen ikke være afgørende [25].

39. Jeg skal dog gøre det klart, at det relevante ved henvisningen til de aktiver (om nogen), der anvendes i de berørte virksomheder, er ethvert anlægsaktiv, maskine og/eller udstyr, der faktisk anvendes for at præstere de pågældende tjenesteydelser. I modsætning til hvad den spanske regering synes at foreslå i sit indlæg, har det forhold, at der i hovedsagen ikke skete nogen overførsel af aktiver, *i forbindelse med hvilke tjenesteydelserne blev præsteret*, såsom skolebygninger, veje, parker og haveanlæg, på ingen måde betydning for problemstillingen.

40. Det er den nationale ret, og ikke Domstolen, der skal foretage den nødvendige vurdering af de faktiske omstændigheder i lyset af disse kriterier for at fastslå, om der er sket en relevant overførsel. Hvis og for så vidt som den nationale ret endnu ikke har foretaget en sådan vurdering, er den nødt til at gøre dette, inden den behandler de problemstillinger, som den resterende del af dette forslag til afgørelse omhandler.

21 — Dom af 25.1.2001, sag C-172/99, Liikenne, Sml. I, s. 745, præmis 39 og 42.

22 — Jf. Mayeur-dommen, nævnt i fodnote 13 ovenfor, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23.

23 — Dom af 20.11.2003, sag C-340/01, Abler, Sml. I, s. 14023, præmis 43.

24 — Dom af 15.12.2005, forenede sager C-232/04 og C-233/04, Güney-Görres og Demir, Sml. I, s. 11237, præmis 41.

25 — Jf. generaladvokat La Pergolas forslag til afgørelse i Süzensagen, nævnt i fodnote 19 ovenfor, punkt 10. Jf. også generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i sagen Hernández Vidal m.fl., nævnt i fodnote 16 ovenfor, præmis 80.

Begrebet »uafhængighed« i artikel 6 i direktiv 2001/23

41. Mens begrebet »overførsel« i artikel 1 i direktiverne om erhvervede rettigheder har været genstand for en omfangsrig retspraksis, er dette den første anledning, hvor Domstolen er blevet anmodet om at træffe afgørelse om fortolkningen af begrebet »uafhængighed« i sammenhæng med medarbejderrepræsentation i henhold til artikel 6 i direktiv 2001/23.

42. Det er åbenbart, at medarbejderrepræsentationens rolle i gennemførelsen af direktiverne om erhvervede rettigheder og endog på det bredere område for Den Europæiske Unions generelle socialpolitik er vigtig. Sådan repræsentation er væsentlig for den »information og høring af arbejdstagerne«, som artikel 137 EF søger at fremme, og som er en integreret del af den »dialog på arbejdsmarkedet«, der henvises til i artikel 136 EF [26].

43. Direktiverne om erhvervede rettigheder er heller ikke den eneste afledte lovgivning, som fællesskabslovgiver har vedtaget, og hvori denne rolles betydning er åbenbar. Navnlig direktiv 2002/14 indeholder bestemmelser om information og/eller høring på det passende niveau »om den seneste udvikling og den forventede udvikling i virksomhedens […] aktiviteter og økonomiske situation«, »om situationen, strukturen og den forventede udvikling med hensyn til beskæftigelsen i virksomheden […] samt om alle planlagte, forventede foranstaltninger, navnlig når beskæftigelsen er truet« og »beslutninger, som kan medføre betydelige ændringer i arbejdets tilrettelæggelse og ansættelsesforholdene […]« [27]. Samme direktivs artikel 4, stk. 2, litra c), gør det klart, at sådan information og høring udstrækker sig til emner, der er omfattet af direktiv 2001/23 [28].

44. Medarbejderrepræsentationens betydning afspejles også i Domstolens praksis. I

26 — Tilsvarende principper er bl.a. afspejlet i fællesskabspagten om arbejdstagernes grundlæggende arbejdsmarkedsmæssige og sociale rettigheder, hvis artikel 7, 17 og 18 der er henvist til i femte betragtning til direktiv 2001/23 (jf. punkt 3 ovenfor).

27 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/14/EF af 11.3.2002 om indførelse af en generel ramme for information og høring af arbejdstagerne i Det Europæiske Fællesskab (EFT L 80, s. 29), artikel 4, stk. 2, litra a), b) og c).

28 — Jf. også Rådets direktiv 94/45/EF af 22.9.1994 om indførelse af europæiske samarbejdsudvalg eller en procedure i fællesskabsvirksomheder og fællesskabskoncerner med henblik på at informere og høre arbejdstagerne (EFT L 254, s. 64), Rådets direktiv 2001/86/EF af 8.10.2001 om fastsættelse af supplerende bestemmelser til statut for det europæiske selskab (SE) for så vidt angår medarbejderindflydelse (EFT L 294, s. 22) og, for fuldstændighedens skyld, Rådets direktiv 2003/72/EF af 22.7.2003 om supplerende bestemmelser til statutten for det europæiske andelsselskab for så vidt angår medarbejderindflydelse (EUT L 207, s. 25) samt Rådets direktiv 98/59/EF af 20.7.1998 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser (EFT L 225, s. 16).

Maurissen-dommen [29] udtalte Domstolen, at »fagforeningsfriheden er et generelt arbejdsretligt princip« [30]. I dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige [31] fastslog Domstolen, at en medlemsstat er forpligtet til at sikre, at statens nationale retsorden bestemmer, at der skal udpeges arbejdstagerrepræsentanter for at opfylde de i artikel 6 i direktiv 77/187 (nu artikel 7 i direktiv 2001/23) fastsatte forpligtelser [32].

Det opstiller blot visse specifikke bestemmelser, som den nye arbejdsgiver skal overholde for at beskytte de overførte arbejdstageres rettigheder.

Anvendelsen af direktiv 2001/23 på en virksomhed, der er blevet overført

45. For at direktiv 2001/23 kan finde anvendelse på en overførsel, skal den virksomhed, bedrift eller del af en virksomhed, der overføres, *bevare sin identitet umiddelbart efter overførslen* i overensstemmelse med de kriterier, der er henvist til i punkt 26-39 ovenfor. Direktivet kræver dog ikke, at den overførte virksomhed skal bevares uændret for evigt.

46. De ændringer, som den nye arbejdsgiver måtte foretage i den overførte enhed, kan være rent kosmetiske. Hvis dette er tilfældet, er deres indvirkning, om nogen, på den pågældende arbejdsstyrke sandsynligvis lille. I andre tilfælde kan deres virkning være mere dybtgående. En arbejdsgiver, som for nylig har overtaget en virksomhed som følge af en relevant overførsel, kan meget vel ønske at gennemføre betragtelige omstruktureringer. Sådanne foranstaltninger fra en ny arbejdsgivers side kan være af betydelig interesse, for ikke at sige bekymring, for de overførte arbejdstagere. Under sådanne omstændigheder vil den rolle, som deres repræsentanter spiller, have en høj og muligvis grundlæggende grad af betydning [33]. Det er i denne henseende væsentligt, at artikel 3, stk. 3, i direktiv 2001/23 bestemmer, at den nye arbejdsgiver skal opretholde vilkårene i en kollektiv overenskomst, der gjaldt for de overførte arbejdstagere, i mindst et år efter overførslen.

29 — Dom 11.5.1990, forenede sager C-193/87 og C-194/87, Maurissen og Union Syndicale mod Revisionsretten, Sml. I, s. 95.

30 — Præmis 21.

31 — Dom af 8.6.1994, sag C-382/92, Sml. I, s. 2435.

32 — Præmis 24.

33 — I den sammenhæng skal det erindres, at direktivet ikke bestemmer, at de overførte arbejdstagere aldrig og under ingen omstændigheder må afskediges. Artikel 4, stk. 1, bestemmer faktisk udtrykkeligt, at »[d]enne bestemmelse er ikke til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer«.

47. Det er i denne generelle kontekst, at henvisningen i direktivets artikel 6 om, at virksomheden eller bedriften bevarer sin uafhængighed, skal fortolkes.

Skal begreberne »identitet« i artikel 1, stk. 1, litra b), og »uafhængighed« i artikel 6 i direktiv 2001/23 fortolkes på samme måde?

48. Den spanske regering har gjort gældende, at begrebet »uafhængighed« i artikel 6 i direktiv 2001/23 skal fortolkes som tilsvarende eller med samme grænser som begrebet en overførsel, hvor den overførte økonomiske aktivitet »bevarer sin identitet«, og som dermed er en relevant overførsel i artikel 1's forstand.

49. Jeg er ikke enig i dette argument.

50. Det fremgår klart af ordlyden af artikel 6, at det, der menes med »uafhængighed« i artikel 6 og »identitet« i artikel 1, ikke kan være det samme. Hvis standpunktet var et andet, ville hverken indledningen i artikel 6, stk. 1, første afsnit (»[s]åfremt en virksomhed eller bedrift eller en del af en virksomhed eller bedrift *bevarer sin uafhængighed*« [34]), eller henvisningen i artikel 6, stk. 1, fjerde afsnit, til den situation, at en virksomhed *ikke* bevarer sin uafhængighed, give nogen mening [35].

51. Det er åbenbart, at spørgsmålet, om en virksomhed har bevaret sin uafhængighed som omhandlet artikel 6, skal behandles *efter, at det er blevet afgjort*, at der er sket en relevant overførsel i artikel 1's forstand.

52. Det følger heraf, at begrebet »uafhængighed« skal fortolkes på en anden måde. Det kan ikke blot fortolkes på en sådan måde, at det får samme betydning som begrebet »identitet« i artikel 1, stk. 1, litra b).

53. Lad os antage, at en virksomhed, der bevarer sin identitet, overføres [og der dermed sker en relevant overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra b), sammenholdt med artikel 1, stk. 1, litra a)]. Hvad sker så derefter? Det forekommer mig, at der stort set er to muligheder. Efter overførslen kan den enhed, der blev overført, opdeles og opsluges af erhververens virksomhed. Alternativt kan den fortsætte med at drive virksomhed som en identificerbar enhed inden for den erhvervende virksomhed.

34 — Min fremhævelse.

35 — Jf. i denne henseende Klarenberg-dommen, nævnt i punkt 4 ovenfor, præmis 50. De sidste ord i den præmis tilsigter klart at omfatte begge tilfælde, hvorunder den overførte økonomiske enhed bevarer sin uafhængighed (hvorved artikel 6, stk. 1, første afsnit, finder anvendelse), og hvor den ikke gør (som er dækket af artikel 6, stk. 1, fjerde afsnit).

54. Det forekommer mig, at man skal gå til opgaven med at definere »uafhængighed« i artikel 6 på denne baggrund. Den foretrukne fortolkning skal imidlertid også afspejle den afgørende betydning, som medarbejderrepræsentationen spiller for en virksomheds eller bedrifts virke [36]. Den skal afspejle formålet med direktiv 2001/23, hvorefter de overførte arbejdstageres »arbejdsvilkår« (for nu at bruge ordet generelt), så vidt det er muligt og gennemførligt, ikke skal påvirkes af overførslen. Fortolkningen skal dog afspejle den operationelle virkelighed, at den nye arbejdsgiver efter overførslen kan foretage organisatoriske ændringer. Som følge heraf er det måske ikke længere fornuftigt eller hensigtsmæssigt at opretholde en særskilt repræsentation for de overførte medarbejdere som afspejling af arbejdsstyrkens interesser.

55. Kommissionen anførte i sit memorandum fra 1997 [37], at kravet om uafhængighed er opfyldt, når den overførte virksomhed »fortsætter som en særskilt driftsenhed og ikke opsluges af en mere kompleks struktur« [38]. Kommissionen anvendte en næsten identisk tilgangsvinkel i sin rapport fra 2007 [39], hvor sætningen »bliver ved med at eksistere som en særskilt produktionsenhed og ikke indgår i en mere kompliceret struktur« anvendes [40].

56. Kommissionen har i sit skriftlige indlæg i den foreliggende sag foreslået en lidt mere omfattende test. Kommissionen har, idet den har henvist til Klarenberg-dommen [41], gjort gældende, at afgørelsen af, om en enhed har bevaret sin uafhængighed, skal bygge på, om den efter overførslen bevarer overdragerens specifikke tilrettelæggelse af de forskellige overførte produktionsfaktorer. En enhed bevarer derimod ikke sin uafhængighed, når — på trods af opretholdelsen af den gensidige funktionelle afhængigheds- og komplementaritetsforbindelse mellem de overførte produktionselementer (idet en sådan forbindelse kræves for, at den overførte enhed bevarer sin identitet efter overførslen) — disse elementer integreres i en ny anderledes organisatorisk struktur efter overførslen.

57. Kommissionen har gjort gældende, at en sådan tilgangsvinkel er i overensstemmelse med de mål, der ligger bag artikel 6. Artiklen gør fortsættelsen af medarbejderrepræsentanternes mandat og funktioner betinget af, at enhedens uafhængighed opretholdes,

36 — Jf. punkt 42-44 ovenfor.

37 — Memorandum fra Kommissionen om arbejdstagernes erhvervede rettigheder i tilfælde af virksomhedsoverførsel (K(97) 85 endelig).

38 — Punkt 2.7.

39 — Beretning fra Kommissionen om direktiv 2001/23/EF af 18.6.2007 (K(2007) 334 endelig).

40 — Jeg tror ikke, at det skal tillægges nogen særlig betydning, at der er en mindre forskel i ordlyden (i hvert fald i den engelske version) mellem de to kommissionsdokumenter. De franske sprogversioner af disse dokumenter er praktisk taget de samme.

41 — Nævnt i fodnote 4 ovenfor; jf. præmis 47 og 48.

idet de berørte medarbejdere, hvis denne uafhængighed forsvinder, vil blive opslugt af den erhvervende virksomheds organisation sammen med den eksisterende arbejdsstyrke, som allerede har deres egen repræsentation. Det vil rent ud sagt være »nytteløst, modvirke formålet og være en potentiel kilde til konflikt« at have forskellige repræsentanter for medarbejdere, der præsterer de samme tjenesteydelser og udfører de samme opgaver. Det er dog ligeledes åbenbart, at den blotte udskiftning af de personer, der er de øverste ansvarlige for virksomheden, ikke giver anledning til problematikker af denne art. En sådan udskiftning bør dermed ikke begrunde, at de berørte repræsentanters mandater ophører.

58. Kommissionen har også gjort gældende, at den fortolkning, den har foreslået, er nødvendig for at give artikel 6, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2001/23 praktisk virkning. Overførslen af en virksomhed ledsages trods alt næsten altid af en udskiftning af de øverste ansvarlige personer.

59. Jeg er enig med Kommissionen, undtagen på et væsentligt punkt. Efter min opfattelse er det afgørende, at den test, der skal anvendes, bør tage hensyn til den berørte enheds organisatoriske virkelighed efter overførslen. En ændring, som er rent kosmetisk efter sin art, påvirker ikke denne virkelighed. En mindre ændring, der ikke påvirker realiteten i denne organisatoriske struktur væsentligt, påvirker den heller ikke. Hvis enhver ændring, uanset om den er kosmetisk eller lille, bliver anset for tilstrækkelig til at underminere en overført enheds uafhængighed, vil det være let for en skrupelløs arbejdsgiver at fratage de overførte medarbejdere retten til fortsat at være repræsenteret. Dette vil være i strid med ånden i og formålet med direktiv 2001/23.

60. Den spanske regering har gjort gældende, at et element, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om uafhængigheden er bevaret efter en overførsel, er identiteten i den arbejdsstyrke, der valgte de berørte repræsentanter. Således som jeg forstår argumentet, er det med andre ord fornuftigt at konkludere, at uafhængigheden er blevet bevaret, når en identificerbar medarbejdergruppe har valgt en række repræsentanter forud for en overførsel, og denne gruppe forbliver en særskilt enhed efter overførslen.

61. Jeg er enig i, at en sådan test kan være praktisk nyttig, forudsat at den anvendes med forsigtighed. Det vil f.eks. være forkert at kræve fuldstændig identitet. Ifølge den spanske regering fastsætter den nationale lovgivning, der regulerer repræsentanternes mandatperiode, et mandat på fire år [42]. Det må i mange tilfælde være en reel mulighed, at den berørte medarbejdergruppes sammensætning allerede er ændret, hvis ikke til uigenkendelighed,

42 — Artikel 67, stk. 3, i den spanske lov om arbejdstagere.

så i det mindste væsentligt, på det tidspunkt, hvor virksomheden overføres.

62. Ovenstående betragtninger er tilstrækkelige til at besvare den nationale rets specifikke præjudicielle spørgsmål, nemlig hvad der menes med ordet »uafhængighed« i artikel 6 i direktiv 2001/23. For at kunne give den nationale ret et nyttigt svar og behandle de forskellige elementer, som den spanske regering har angivet, hensigtsmæssigt, er det imidlertid nødvendigt at se på artikel 6 som en helhed: navnlig de omstændigheder, hvorunder medarbejderrepræsentationen skal fortsætte efter en relevant overførsel, og, når den fortsætter, på hvilke vilkår.

Artikel 6's opbygning

63. Artikel 6 i direktiv 2001/23 er opdelt i fem led (hvoraf de første fire er afsnit i artikel 6, stk. 1, og den sidste er artikel 6, stk. 2). Det første led finder anvendelse, når en virksomhed bevarer sin uafhængighed efter overførslen. I så fald »har repræsentanterne eller repræsentationen for de af overførslen berørte arbejdstagere fortsat den retsstilling og funktion, som de havde inden datoen for overførslen, og som er fastsat i love eller administrative bestemmelser eller ved en overenskomst« (artikel 6, stk. 1, første afsnit). Hvis virksomheden med andre ord bevarer sin uafhængighed, opretholdes status quo. De overførte medarbejdere fortsætter med at være repræsenteret efter overførslen, præcis som de var, før overførslen fandt sted, i medfør af de nationale regler, der finder anvendelse på en sådan repræsentation.

64. Der er dog to undtagelser til dette led. Den første undtagelse opstår i medfør af ordene i selve artikel 6, stk. 1, første afsnit: »forudsat at de nødvendige betingelser for sammensætning af en repræsentation for arbejdstagerne er til stede«. Jeg behandler denne undtagelse senere [43].

65. Det andet led er også en undtagelse til det første led. Det finder anvendelse, »hvis de nødvendige betingelser for nyudpegning af repræsentanter for arbejdstagerne eller ny sammensætning af repræsentationen for arbejdstagerne er til stede« i henhold til medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser eller i henhold til en overenskomst med repræsentanterne for de overførte arbejdstagere (artikel 6, stk. 1, andet afsnit). I

43 — Jf. punkt 70 og 74 nedenfor.

så fald finder bestemmelserne i første punktum ikke anvendelse. Årsagen hertil er åbenbar. Da nyvalgte repræsentanter vil varetage de berørte medarbejderes interesser, er det ikke længere nødvendigt at bevare de tidligere repræsentanters retsstilling og funktion. Lovgivers formål med det første led falder således væk.

66. Det tredje led er kun relevant i de tilfælde, hvor overdrageren er insolvent. Medlemsstaterne »kan« tage skridt til at sikre, at arbejdstagerne repræsenteres på behørig vis, indtil nye arbejdstagerrepræsentanter er valgt eller udpeget efter overførslen (artikel 6, stk. 1, tredje afsnit). Eftersom der ikke er spørgsmål om insolvens i tvisten for den nationale ret, vil jeg ikke overveje dette yderligere.

67. Det fjerde led finder anvendelse, når den overførte virksomhed, bedrift eller del af en virksomhed eller bedrift ikke bevarer sin uafhængighed. Hvis dette er tilfældet, har medlemsstaterne pligt til at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at de overførte arbejdstagere, som var repræsenteret inden overførslen, fortsat repræsenteres behørigt i den periode, der er nødvendig for på ny at kunne sammensætte eller udpege en repræsentation (artikel 6, stk. 1, fjerde afsnit).

68. Så langt er artikel 6's opbygning klar. Hvis man ser bort fra insolvenstilfælde, skal de overførte medarbejdere i alle tilfælde af en relevant overførsel være repræsenteret efter overførslen. Denne repræsentation består i) i en »videreførelse« af deres eksisterende repræsentation (når virksomheden bevarer sin uafhængighed, og de nødvendige betingelser for ny repræsentation ikke er opfyldt), ii) (når førnævnte betingelser er opfyldt) af ny repræsentation, eller iii) (når virksomheden ikke bevarer sin uafhængighed) af en form for »afventende transaktion«, hvorved medarbejderne fortsat er behørigt repræsenteret så længe, det er nødvendigt med henblik på, at repræsentationen sammensættes på ny, eller at repræsentanterne udpeges på ny.

69. I visse tilfælde er der dog forudsat et noget lavere beskyttelsesniveau.

70. Det femte led vedrører den situation, der er beskrevet i artikel 6, stk. 2. Det finder anvendelse, når mandatet for medarbejderrepræsentanterne udløber »på grund af denne overførsel«. I så fald har medlemsstaterne pligt til at sikre, at repræsentanterne for de overførte arbejdstagere fortsat nyder beskyttelse som fastsat i medlemsstaternes love eller praksis. Et eksempel på omstændigheder, hvorunder denne bestemmelse kan finde anvendelse, kan findes i undtagelsen i artikel 6, stk. 1, første afsnit, som gør videreførelsen af medarbejderrepræsentationen betinget af, at »de nødvendige betingelser for

sammensætning af en repræsentation for arbejdstagerne er til stede«.

71. Bestemmelsen er nødvendig, fordi direktiverne om erhvervede rettigheder kun tilsigter (eller tilsigtede) at opnå en delvis harmonisering af medlemsstaternes ansættelsesretlige love [44]. Da der er store forskelle mellem medlemsstaternes love og praksis på dette område, ville alt andet have været umuligt at opnå. Dette afspejles f.eks. i femte betragtning til direktiv 2001/86 [45], som henviser til »[m]edlemsstaternes meget forskellige regler og praksis med hensyn til den måde, hvorpå medarbejderrepræsentanterne har indflydelse på beslutningstagningen i selskaberne«.

72. Som følge heraf kan direktiv 2001/23 finde forskellig anvendelse på forskellige situationer, navnlig når en part i overførslen — som her — er et offentligretligt organ. I Mayeur-dommen skulle Domstolen behandle en situation med en overførsel af aktiviteter til en offentligretlig arbejdsgiver, som medførte afskedigelse af sagsøgeren i hovedsagen. Domstolen fandt, at direktivet fandt anvendelse på overførslen. Den udtalte dog ikke videre, at når en national lov bestemmer, at ansættelseskontrakter skal ophæves som følge af en overførsel fra den private til den offentlige sektor, er en sådan bestemmelse nødvendigvis i strid med direktiv 77/187. Den fandt snarere, at enhver afskedigelse i medfør af gennemførelsen af en sådan lov vil udgøre en væsentlig ændring af arbejdsvilkårene i overensstemmelse med det, der nu er artikel 4, stk. 3, i direktiv 2001/23, med det resultat, at afskedigelsen skal anses for en følge af den nye offentligretlige arbejdsgivers handling [46].

73. I Delahaye-dommen [47], hvor en arbejdstagers løn blev nedsat som følge af nationale regler, der fandt anvendelse i tilfælde af overførsel fra en privatretlig til en offentligretlig arbejdsgiver, bemærkede Domstolen tilsvarende, at direktiv 77/187 ikke udelukkede anvendelsen af en national bestemmelse, hvorefter der består en forpligtelse til at ophæve privatretlige arbejdskontrakter, såfremt en aktivitet overføres til en offentligretlig juridisk person, hvorefter den fandt, at det samme gælder, når anvendelsen af nationale bestemmelser om forholdene for statsansatte

44 — Jf. hvad angår direktiv 77/187, bl.a. dommen i sagen Daddy's Dance Hall, nævnt i fodnote 5 ovenfor, præmis 16, og dom af 6.11.2003, sag C-4/01, Martin m.fl., Sml. I, s. 12859, præmis 41. Jf. hvad angår direktiv 2001/23 Juuri-dommen, nævnt i fodnote 7 ovenfor, præmis 23.

45 — Nævnt i fodnote 28 ovenfor.

46 — Præmis 56.

47 — Dom af 11.11.2004, sag C-425/02, Sml. I, s. 10823.

indebærer nedsættelse af lønnen for arbejdstagere, der er berørt af overførslen [48].

74. Ligesom nationale bestemmelser, der medfører, at løn til en arbejdstager skal nedsættes efter en overførsel, eller endog at han eller hun kan afskediges under forbehold af passende beskyttelsesklausuler, måske ikke er uforenelige med direktiv 2001/23, udelukker direktivet således heller ikke anvendelsen af nationale bestemmelser, der direkte eller indirekte kan føre til, at »overførelsen« af medarbejderrepræsentationsordninger forhindres. Jeg forstår f.eks., at dette kan være tilfældet i henhold til nogle nationale retsordener, hvorefter de bestemmelser, der regulerer medarbejderrepræsentationen i den offentlige sektor, er anderledes end dem, der finder anvendelse på arbejdstagere i den private sektor. Dette er formålet med den undtagelse, der findes i slutningen af artikel 6, stk. 1, første afsnit.

75. Dette betyder naturligvis ikke, at de berørte arbejdstagere under sådanne omstændigheder er efterladt helt uden beskyttelse. Artikel 6, stk. 2, sikrer, at dette ikke bliver tilfældet. Den præcise beskyttelse, der ydes i så fald, og endog om bestemmelserne finder anvendelse, skal imidlertid afgøres af medlemsstaternes love og/eller praksis.

76. Den spanske regering har fremsat to yderligere argumenter, som skal overvejes.

48 — Præmis 32 og 33.

Arbejdsstyrkens dobbelte repræsentation

77. Den spanske regering har for det første argumenteret for, at en fortolkning af begrebet »uafhængighed« i artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/23, der har den virkning, at den eksisterende medarbejderrepræsentation fortsætter i denne sag, vil skabe en form for »dobbelt repræsentation« inden for den nye arbejdsgivers arbejdsstyrke. Da den eksisterende arbejdsstyrke allerede er passende repræsenteret, vil dette skabe et alvorligt praktisk problem. Et sådan resultat kan derfor ikke godtages.

78. Hvis og i det omfang den faktiske situation er en, hvorpå artikel 6, stk. 1, første afsnit, finder anvendelse, er en sådan dobbelt repræsentation en uundgåelig følge af anvendelsen af artikel 6, stk. 1, og arbejdsgiveren skal blot godtage dette.

79. Hvis imidlertid det korrekte standpunkt er, at bestemmelserne i artikel 6, stk. 1, andet afsnit eller fjerde afsnit, eller artikel 6, stk. 2, finder anvendelse, opstår spørgsmålet om dobbelt repræsentation ikke eller, hvis det gør, bør den periode, hvor den vedvarer, være forholdsvis kort.

80. Den spanske regerings første argument bør derfor forkastes.

Diskrimination og ligebehandlingsprincippet, retten til at deltage i fagforeningsaktiviteter og behovet for at tage hensyn til erhververens interesser

81. Den spanske regering har for det andet anført, at hvis det antages, at uafhængigheden er bevaret i denne sag, vil resultatet indebære forskelsbehandling af den nye arbejdsgivers eksisterende arbejdsstyrkes medarbejderrepræsentanter og fagforeningsrepræsentanter. Det forhold, at der ikke er afholdt nye valg som følge af overførslen, fører til en organisatorisk uligevægt inden for den nye arbejdsgiver, hvilket ikke kun er til skade for den fagforening, der allerede er repræsenteret inden for enheden, men også for den berørte arbejdsstyrkes juridiske repræsentanter. En sådan uligevægt vil stride mod ligebehandlingsprincippet og vil hæmme den frihed, som de juridiske repræsentanter for den eksisterende arbejdsstyrke i kommunen har til at deltage i fagforeningsaktiviteter. Endvidere vil et sådan resultat ikke tage hensyn til det økonomiske tab for den nye arbejdsgiver, som følger af behovet for at stille det, som forelæggelseskendelsen kalder »kompensation for overtid«, til rådighed for repræsentanterne for de overførte arbejdstagere, således at de kan forfølge deres aktiviteter [49].

82. Jeg kan ikke godtage disse argumenter.

83. Det er korrekt, at anvendelsen af artikel 6, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2001/23 på de overførte arbejdstagere kan føre til en vis grad af det, som den spanske regering har kaldt »organisatorisk uligevægt« inden for den nye arbejdsgivers organisation. En af virkningerne af at videreføre disse arbejdstageres repræsentation kan faktisk være at øge den administrative byrde, der er involveret ved at den arbejdsstyrke, der allerede er ansat hos den nye arbejdsgiver, er repræsenteret.

84. En sådan virkning skal imidlertid ses i sammenhæng med direktiv 2001/23 som en helhed, hvis hovedformål er — således som det allerede er fremgået — at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der er aftalt med overdrageren [50]. I medfør af direktivet er der ikke kun rettigheder forbundet med medarbejderrepræsentationen, men også løn- og ansættelsesvilkår for arbejdsstyrken i den overførte enhed, der vil blive videreført til det nye ansættelsesforhold som følge af overførslen. Disse løn- og ansættelsesvilkår kan være bedre eller værre (helt eller delvist)

49 — Ifølge Kommissionen bestemmer artikel 68 i den spanske lov om arbejdstagere, at medarbejderrepræsentanter skal have en måneds kompensation for overtid, der afhænger af den berørte virksomheds størrelse. I tilfælde af en virksomhed med op til 100 ansatte, er kompensationen 15 timer. I tilfælde af en virksomhed med mere end 751 ansatte, er kompensationen 40 timer.

50 — Jf. punkt 28 ovenfor.

end vilkårene for den nye arbejdsgivers eksisterende arbejdsstyrke. Der vil uundgåeligt kunne opstå en uligevægt. Dette er ikke resultatet af en iboende ulovlighed i gennemførelsen af artikel 6, stk. 1, i direktiv 2001/23, men af gennemførelsen af direktivet som helhed.

85. Hvad angår anbringenderne om påstået diskrimination og tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet fremgår det af fast retspraksis, at ligebehandlingsprincippet eller princippet om forbud mod forskelsbehandling indebærer, at ensartede situationer ikke må behandles forskelligt, og forskellige situationer ikke må behandles ens, medmindre en sådan behandling er objektivt begrundet [51].

86. Domstolen har vedrørende spørgsmålet om ensartethed fundet, at der skal tages hensyn til alle omstændigheder, der kendetegner den pågældende situation [52]. Disse omstændigheder og dermed deres ensartede karakter, »skal navnlig fastlægges og vurderes på grundlag af indholdet af og formålet med den retsakt, der indfører en forskellig behandling« [53].

87. Her opstår den forskel, der kan opstå, i sammenhæng med gennemførelsen af direktiv 2001/23 og i lyset af dets hovedformål. I den sammenhæng forekommer det mig, at der faktisk ikke er nogen diskrimination eller tilsidesættelse af ligebehandlingsprincippet. De to hold berørte arbejdstagere befinder sig ikke i ensartede situationer i henhold til den fællesskabspolitik, der finder anvendelse. Resultatet af denne politiks anvendelse er at skabe to forskellige situationer inden for den samme virksomhed. Den første af disse består af de nye arbejdstagere, hvis løn- og ansættelsesvilkår er blevet overført ved en retlig transaktion. Den anden repræsenteres af den eksisterende arbejdsstyrke. Der kan derfor med rette anvendes forskellige regler.

88. Selv hvis de to omtvistede situationer var ensartede, er det min opfattelse, at enhver følgende forskel i disse situationer vil være objektivt begrundet i lyset af formålet med direktiv 2001/23 om at sikre, så vidt muligt og praktisk gennemførligt, at de nye arbejdstagere ikke stilles ufordelagtigt på grund af overførslen.

89. Hvad angår argumentet om, at den eksisterende arbejdsstyrkes frihed til at deltage i fagforeningsaktiviteter vil blive hæmmet, har Domstolen ganske vist fundet, at denne frihed udgør et »almindeligt arbejdsretligt princip«. Jeg kan imidlertid ikke se noget i den spanske regerings argumentation, som antyder, at en sådan frihed vil blive væsentligt

51 — Jf. f.eks. dom af 10.1.2006, sag C-344/04, IATA og ELFAA, Sml. I, s. 403, præmis 95, og af 10.7.2008, sag C-173/07, Emirates Airlines, Sml. I, s. 5237, præmis 39.

52 — Jf. dom af 16.12.2008, sag C-127/07, Arcelor Atlantique og Lorraine m.fl., Sml. I, s. 9895, præmis 25.

53 — A.st., præmis 26 og den deri nævnte retspraksis.

hæmmet eller uberettiget hæmmet under de beskrevne omstændigheder.

90. Hvad angår argumentet om det potentielle tab for den nye arbejdsgiver er det korrekt, at Domstolen har godtaget, at arbejdsgivers interesser kan tages i betragtning [54], men sådanne hensyn kan efter min opfattelse ikke ophøjes til et overordnet princip for fortolkningen af direktivet, der kan tilsidesætte bestemmelsernes klare ordlyd og underminere deres *effet utile*.

Anvendelse i hovedsagen for den nationale ret

91. Det er naturligvis den nationale ret, der skal anvende principperne i Domstolens dom i denne sag på den verserende hovedsag under hensyntagen til navnlig de relevante nationale bestemmelser og praksis.

54 — Dom af 9.3.2006, sag C-499/04, Werhof, Sml. I, s. 2397, præmis 31.

92. Følgende forhold er sandsynligvis relevante for enhver bedømmelse af uafhængigheden, der skal foretages af den nationale ret:

— kontinuiteten i de funktioner og tjenesteydelser, der varetages af de overførte arbejdstagere

— det omfang, i hvilket de overførte arbejdstagere fortsætter med at udgøre en særskilt, virksom enhed i deres ansættelse inden for den erhvervende virksomhed (her den kommunale myndighed)

— det omfang, i hvilket disse arbejdstageres umiddelbare overordnede forbliver de samme

— det omfang, i hvilket arbejdstagervælgerne, der udpegede de berørte repræsentanter, forbliver de samme (selv om dette af de årsager, der er omtalt i punkt 61 ovenfor, er en test, der skal finde bred anvendelse)

— det omfang, i hvilket enhver væsentlig omstrukturering, der er gennemført af erhververen efter overførslen, kan have medført, at den overførte enhed mister sin organisatoriske og finansielle uafhængighed.

93. Jeg ønsker at understrege, at den nationale ret ikke bør tage hensyn til mindre omstruktureringer, som erhververen har gennemført efter overførslen. F.eks. vil en flytning fra de lokaler, hvor arbejdstagerne udfører deres arbejde, i sig selv højst sandsynligt ikke have nogen meningsfuld virkning på uafhængighedens opretholdelse. Det samme vil gælde for enhver ændring af identiteten af det kundegrundlag, for hvilket de overførte arbejdstagere udfører deres opgaver.

94. Enhver ændring af de personer, der er øverste ansvarlige for de overførte arbejdstagere, er ligeledes en faktor, der skal ses bort fra. Således som Kommissionen med rette har bemærket, er det nærmest uundgåeligt, at der sker en ændring af denne art efter en relevant overførsel.

95. Endelig har den spanske regering anført, at bestemmelserne i artikel 67, stk. 1, i den spanske lov om arbejdstagere [55] betyder, at det snarere er artikel 6, stk. 1, andet afsnit, end artikel 6, stk. 1, første afsnit, i direktiv 2001/23, som skal finde anvendelse på de overførte arbejdstageres repræsentation. Det kan være, at anvendelsen af disse bestemmelser har det resultat, at »de nødvendige betingelser for nyudpegning af repræsentanter for arbejdstagerne eller ny sammensætning af repræsentationen for arbejdstagerne er til stede«. Om dette faktisk er tilfældet, skal afgøres af den nationale ret.

55 — Jf. punkt 9 ovenfor.

Forslag til afgørelse

96. På baggrund af ovenstående betragtninger er det min opfattelse, at Domstolen skal besvare det af Juzgado de lo Social Único de Algeciras forelagte spørgsmål således:

»I henhold til artikel 6, stk. 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 bevarer en virksomhed, en bedrift eller en del af en virksomhed eller en bedrift sin uafhængighed, hvis den efter overførslen bevarer overdragerens specifikke tilrettelæggelse af de forskellige overførte produktionsfaktorer. En enhed bevarer derimod ikke sin uafhængighed, hvis — på trods af opretholdelsen af den gensidige funktionelle afhængigheds- og komplementaritetsforbindelse mellem de overførte produktionselementer — disse elementer integreres i en ny anderledes organisatorisk struktur efter overførslen. Ved anvendelsen af disse kriterier skal der tages hensyn til den berørte enheds organisatoriske virkelighed efter overførslen.«