FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

fremsat den 8. juli 1999 *

1. Industrial Tribunal, Leeds (Det Forenede Kongerige), har i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt Domstolen to spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 77/187/EØF [1] for så vidt angår varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder. Det ønskes nærmere bestemt oplyst, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, når den pågældende transaktion finder sted mellem to selskaber, der ikke alene tilhører samme koncern, men også har fælles ejer, ledelse og lokaler og udøver samme virksomhed.

I — De faktiske omstændigheder i hovedsagen

2. Dette spørgsmål om fortolkningen af fællesskabsretten er blevet rejst i forbindelse med en sag, som en gruppe arbejdstagere har anlagt ved Industrial Tribunal, Leeds, med påstand om, at det fastslås, hvilke løn- og arbejdsvilkår der i henhold til section 11 i Employment Protection (Consolidation) Act 1978 gjaldt for deres ansættelse i det sagsøgte selskab, Amalgamated Construction Co. Ltd (herefter »ACC«). Nævnte ret skal herved træffe afgørelse om, hvorvidt Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981, som har til formål at gennemføre direktiv 77/187 i national ret, finder anvendelse i denne sag.

3. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at efter at kulindustrien var blevet nationaliseret, blev størstedelen af den underjordiske udvinding af kul foretaget af British Coal. I begyndelsen blev det bygge- og anlægsarbejde, som var nødvendigt for, at mineejeren kunne nå frem til og udvinde mineralerne, udført af mineejeren selv under anvendelse af dennes egen arbejdsstyrke. Senere begyndte mineejeren at benytte entreprenører udefra.

4. ACC er en af disse entreprenører. Selskabet har drevet virksomhed i mineindustrien i 25 år og har hovedsageligt arbejdet for British Coal og senere for RJB Mining (UK) Ltd (herefter »RJB«), da dette selskab

* Originalsprog: spansk.

1 — Rådets direktiv 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).

erhvervede en del af aktiverne i British Coal efter privatiseringen i 1994. ACC er et helejet datterselskab af AMCO Corporation PLC (herefter »AMCO«). AMCO har et andet helejet datterselskab, AM Mining Services Ltd (herefter »AMS«). Der er ca. ti andre selskaber i AMCO-koncernen. Der er et koncernhovedsæde, og visse funktioner, såsom personaleadministration, udarbejdelse af lønningslister og bogholderi, udføres centralt for datterselskaberne på koncernens hovedsæde.

5. ACC's virksomhed består i det væsentlige i anlæg af minegange og forbindelsesled. Industrien er præget af konkurrence i den forstand, at kontrakter næsten altid tildeles på baggrund af offentlige licitationer uden garanti for, at mineejeren tildeler samme virksomhed en ny entreprise, når den gældende kontrakt er opfyldt. Der er imidlertid uden tvivl en tendens til, at entrepriserne overdrages løbende, om ikke andet så fordi mineejeren allerede kender entreprenøren på stedet og ved, at der på denne måde ikke vil blive nogen overgangsperiode mellem kontrakterne, således at kontinuiteten i arbejdet sikres. Ifølge forelæggelsesafgørelsen fra Industrial Tribunal, Leeds, er ACC ikke på noget tidspunkt gået glip af en kontrakt i forbindelse med en ny licitation.

6. AMS — det andet datterselskab, som er involveret i denne sag — har ikke så lang en historie. Selskabet blev stiftet i 1993 for at konkurrere med andre entreprenører om udførelse af arbejde i forbindelse med lukning af miner, såsom opfyldning af skakter, men det var ikke meningen, at det skulle foretage udgravninger af den type, som ACC udførte. AMS startede som en særskilt juridisk enhed med egen arbejdsstyrke og egne løn- og arbejdsvilkår. Selskabet opnåede og udførte nye entrepriser, og i 1993 beskæftigede det omkring 150 personer.

7. Arbejdets varighed fremgik af de specifikke kontrakter. Når en entreprise blev overdraget, vidste man, hvor længe den ville vare, og opsagde for en sikkerheds skyld arbejdsstyrken. Visse sagsøgere arbejdede i årevis under disse usikre forhold.

I efteråret 1994 skulle en række kontrakter ophøre, og ACC gav den kompetente myndighed meddelelse om 92 mulige afskedigelser af økonomiske årsager. Meddelelsen om disse afskedigelser blev også sendt til National Union of Mineworkers [2] (herefter »NUM«), som var den fagforening, der repræsenterede de fleste af de berørte arbejdstagere.

8. I august 1994 afholdt British Coal en licitation vedrørende en entreprise på

2 — Den nationale ret har anført, at skønt hverken ACC eller AMCO-koncernen angiveligt anerkender NUM, finder den det godtgjort, at fagforeningen i en række år i alt væsentligt er blevet behandlet, som om den var anerkendt. Retten kan ikke se, hvorfor sagsøgte skulle finde det passende at give NUM meddelelse om afskedigelserne i den lovbestemte form, hvis fagforeningen ikke var anerkendt.

omfattende anlægsarbejder i Prince of Wales-kulminen. ACC mente ikke, at det ville kunne konkurrere med andre entreprenører, medmindre dets tilbud var baseret på betydeligt lavere lønomkostninger i forhold til tidligere kontrakter. Selskabet afgav et tilbud, som indeholdt et vilkår, hvorefter arbejdet ikke ville blive udført af selskabets egen arbejdsstyrke, men af ansatte i AMS, som havde tilsvarende arbejdsvilkår som de ansatte i de konkurrerende virksomheder [3].

ACC fik kontrakten og gav arbejdet i underentreprise til AMS [4]. Som følge heraf havde ACC ikke arbejde nok til alle sine ansatte, og nogle af disse modtog afskedigelsesvarsel, men blev oplyst om, at de kunne blive ansat af AMS efter en afbrydelse på en weekend [5].

9. Henimod slutningen af marts 1995 udløb yderligere en kontrakt på en entreprise, som ACC havde fået overdraget, og som blev udført af dets egne ansatte, og der blev givet meddelelse om afskedigelse af økonomiske årsager til Arbejdsministeriet og NUM [6]. På samme tidspunkt tildelte RJB ACC nye kontrakter på grundlag af tilbud, som var baseret på AMS's løn- og arbejdsvilkår. Ligesom tidligere blev ansatte, som havde modtaget afskedigelsesvarsel fra ACC, ansat af AMS uden afbrydelse og på de løn- og arbejdsvilkår, som var gældende for AMS; de ansatte, som var berettigede hertil, modtog en fratrædelsesgodtgørelse fra ACC. Selv om ændringen vedrørte de entrepriser, som skulle påbegyndes, havde arbejdet under jorden også denne gang samme karakter, og der var således ikke nogen egentlig overgang mellem de to ansættelser [7].

10. På et tidspunkt begyndte RJB at udtrykke betænkeligheder ved de løn- og arbejdsvilkår, som flere af entreprenørerne, herunder AMS, tilbød, idet disse efter selskabets mening var blevet ringere. RJB var af den opfattelse, at de ansatte i AMS generelt savnede motivation, hvilket kunne skyldes, at de arbejdede under langt ringere løn- og arbejdsvilkår, end de tidligere havde været vant til. Mineejeren gav følgelig alle

3 — Både British Coal og RJB var bekendt med, at ACC agtede at give arbejdet i underentreprise til AMS. Forud for licitationen havde de ført drøftelser herom, og selv om hverken British Coal eller RJB havde indvendinger imod, at AMS blev underentreprenør, foretrak de tilsyneladende, at ACC selv deltog i licitationen.

4 — I mineindustrien er det tilsyneladende sådan, at anlæg og udstyr for en stor dels vedkommende stilles til rådighed af mineejeren. Da AMS blev underentreprenør, fik det stillet alt det udstyr til rådighed, som tidligere var stillet til rådighed for ACC, og AMS fik også adgang til vederlagsfrit at bruge andre anlæg og andet udstyr, som var ejet af ACC.

5 — Industrial Tribunal finder det på grundlag af beviserne godtgjort, at arbejdstagerne blev underrettet om denne ændring således, at de simpelt hen blev oplyst om, at de skulle overgå fra ACC til AMS. Der var ikke tale om en formel nyansættelse via en jobsamtale, og der blev ikke gennemført andre af de formaliteter, man ville forvente, hvis der virkelig havde været en afbrydelse mellem de to ansættelser. Imidlertid fik de arbejdstagere, som overgik fra ACC til AMS, udbetalt fratrædelsesgodtgørelser, som blev beregnet på grundlag af det tidsrum, de i alt havde arbejdet for ACC; herefter begyndte de at arbejde for AMS på de i dette selskab gældende løn- og arbejdsvilkår, som var væsentligt mindre fordelagtige end dem, de havde haft i ACC.

6 — Vi er fjernt fra den tid, hvor Sir Harold Macmillan, 1. jarl af Stockton og britisk premierminister fra 1957 til 1963, kunne udtale: »Der findes tre institutioner, som ingen ved sine sansers fulde brug direkte udfordrer: den romerskkatolske kirke, Brigade of Guards og National Union of Mineworkers.« *The Observer*, 22.2.1981.

7 — Industrial Tribunal har anført, at uanset på hvilke tidspunkter kontrakterne skulle begynde og ophøre, var det reelt sådan, at det forberedende arbejde og oprydningsarbejdet ved kontrakternes begyndelse og ophør overlappede hinanden, og at det i denne periode ville være vanskeligt at afgøre, om en arbejdstager arbejdede efter den gamle kontrakt eller den nye, og om han arbejdede for ACC eller AMS. Dette gjaldt så meget mere, som den daglige ledelse i minen blev varetaget af direktører i ACC, som anvendte arbejdskraften alt efter det daglige behov.

entreprenører instrukser om, at de skulle give ansatte et mindstebeløb i feriepenge og forbedre visse andre dele af deres ansættelsesvilkår. Den fordel, som visse mineentreprenører, der konkurrerede med ACC, havde, blev med disse ændringer mindre, og RJB foreslog, at det i fremtiden blev ACC og ikke AMS, som udførte arbejdet.

11. ACC deltog i nye licitationer vedrørende entrepriser i samme mine. ACC's tilbud var baseret på de ændringer, der var sket i løn- og arbejdsvilkårene, men det var ikke længere hensigten at give arbejde i underentreprise til AMS. Eftersom ACC havde afskediget en stor del af arbejdsstyrken i forbindelse med, at tidligere kontrakter var blevet givet i underentreprise til AMS, havde selskabet imidlertid brug for arbejdskraft. ACC rekrutterede ikke arbejdstagerne udefra, men ansatte dem, som havde arbejdet for AMS, og hvis ansættelse snart ville ophøre, på de løn- og arbejdsvilkår, som på det tidspunkt var gældende. Disse vilkår var for nogle rettigheders vedkommende bedre end vilkårene i AMS, men ikke så fordelagtige som de vilkår, på hvilke arbejdstagerne havde arbejdet for ACC før 1994 [8].

8 — Som Adam Smith bemærkede allerede i 1776: »Den almindelige pris på arbejdskraft afhænger overalt af den kontrakt, som normalt indgås af de to parter, der bestemt ikke har de samme interesser. Arbejdstagerne ønsker at tjene så meget som muligt, arbejdsgiverne at betale så lidt som muligt. Arbejdstagerne vil være tilbøjelige til at slutte sig sammen for at få prisen på arbejdskraft op, mens arbejdsgiverne vil forsøge at nedsætte den. Det er imidlertid ikke vanskeligt at forudse, hvilken af de to parter der under normale omstændigheder vil have overtaget og gennemtvinge, at den anden går ind på hans vilkår.« *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Ed. A. Skinner. Pelican Classics, 1979, s. 169.

12. Sagsøgerne i hovedsagen er 23 af de minearbejdere, som arbejdede for ACC, indtil de blev afskediget, og som herefter blev ansat af AMS under ringere løn- og arbejdsvilkår, og som, da de blev afskediget af sidstnævnte selskab, igen blev ansat af ACC.

II — De præjudicielle spørgsmål

13. Med henblik på at afgøre tvisten har Industrial Tribunal Leeds besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan direktivet om virksomhedsoverdragelser (77/187/EØF) finde anvendelse på to selskaber i samme koncern, som har ejere, ledelse, lokaler og arbejde til fælles, eller er sådanne selskaber en enkelt virksomhed i direktivets forstand? Det ønskes navnlig oplyst, om der kan være tale om overførsel af en virksomhed i direktivets forstand, når selskab A overfører en væsentlig del af sin arbejdsstyrke til selskab B i samme koncern.

2) Hvis spørgsmål 1 besvares bekræftende, hvilke kriterier skal da anvendes

ved afgørelsen af, om en sådan overførsel har fundet sted? Det ønskes navnlig oplyst, om en overførsel af en virksomhed har fundet sted under følgende omstændigheder:

a) I løbet af en vis periode er de berørte arbejdstagere blevet afskediget fra selskab A, angiveligt af driftsmæssige grunde, og blevet tilbudt beskæftigelse i koncernselskabet B, der udfører en geografisk adskilt virksomhed eller del af selskab A's virksomhed, nemlig anlæg af minegange.

b) Der er ikke sket overførsel af lokaler, ledelse, infrastruktur, materiel eller aktiver fra selskab A til selskab B, og hovedparten af de betydningsfulde aktiver, der anvendes af begge selskaber ved anlæg af de væsentligste minegange, leveres af en tredjemand, nemlig det selskab, som forestår driften af minen.

c) Selskab A forbliver enekontrahent i forhold til tredjemand, nemlig kunden, som har engageret det til at arbejde på anlægsprojekter, som blev udført 'løbende'.

d) Flytningen af arbejdstagerne fra selskab A til selskab B fandt ikke eller kun i ubetydeligt omfang sted samtidig med, at de kontrakter, i henhold til hvilke arbejdet blev udført, begyndte og/eller ophørte.

e) Selskab A og selskab B har samme ledelse og lokaler.

f) Efter at være blevet ansat af selskab B udfører arbejdstagerne arbejde for både selskab A og B alt efter behovet hos den lokale ledelse, som er ansvarlig for begge selskaber.

g) Arbejdet var fortløbende, idet aktiviteterne ikke på noget tidspunkt blev afbrudt, og der ikke var ændringer i den måde, hvorpå de blev udført.«

III — Fællesskabslovgivningen

14. Industrial Tribunal, Leeds, anmoder ikke om en fortolkning af nogen konkret bestemmelse, men henviser generelt til direktiv 77/187. I betragtning af spørgsmå-

lenes indhold er følgende bestemmelser relevante:

Artikel 1

»1. Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.

...«

Artikel 3

»...

2. Efter overførsel ... skal erhververen opretholde samme løn- og arbejdsvilkår, som gjaldt for overdrageren ifølge en kollektiv overenskomst, indtil den kollektive overenskomst opsiges eller udløber, eller en anden kollektiv overenskomst træder i kraft eller får virkning.

...«

Artikel 4

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

...«

IV — Retsforhandlinger

15. Der er inden for den i artikel 20 i EF-statutten for Domstolen fastsatte frist indgivet skriftlige indlæg af sagsøgerne og det sagsøgte selskab i hovedsagen, af den franske regering, af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen.

Under retsmødet den 16. juni 1999 er der afgivet mundtlige indlæg af repræsentanter for sagsøgerne og det sagsøgte selskab i

hovedsagen, Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen.

V — Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

16. Med de to forelagte spørgsmål, som jeg mener bør behandles sammen, ønsker Industrial Tribunal, Leeds, oplyst, om der kan være tale om en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187, mellem to selskaber i samme koncern, som har samme ejer, har ledelse og lokaler til fælles og udfører samme arbejde, når et af disse selskaber overfører en væsentlig del af sin arbejdsstyrke til det andet; hvilke kriterier der skal anvendes ved afgørelsen af, om en overførsel har fundet sted, og om der under omstændighederne i denne sag er tale om en sådan?

17. Jeg skal først understrege, at det ikke er Domstolens opgave at afgøre, om en overførsel har fundet sted i det konkrete tilfælde. Denne opgave påhviler den nationale ret, som skal afgøre tvisten på grundlag af de faktiske omstændigheder, og som i forbindelse hermed bør tage hensyn til den fortolkning, Domstolen anlægger i sin dom.

18. Det er første gang, Domstolen er blevet forelagt et spørgsmål vedrørende fortolkningen af direktiv 77/187 på den baggrund, at den påståede overførsel har fundet sted mellem selskaber i samme koncern.

Med undtagelse af det sagsøgte selskab har alle de parter, som har afgivet indlæg i sagen, samstemmende anført, at den omstændighed, at en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift finder sted mellem selskaber i samme koncern, ikke er til hinder for, at direktiv 77/187 finder anvendelse. Jeg kan allerede nu fastslå, at jeg er enig i denne vurdering, om ikke andet så fordi direktivet ikke udelukker det, og fordi der — eftersom sådanne selskaber kan overdrages eller fusioneres som ethvert andet selskab — ikke er nogen grund til at udelukke de ansatte i disse fra at nyde godt af den beskyttelse, direktivet yder. Som jeg skal forklare i det følgende, er disse grunde imidlertid ikke de eneste.

19. Direktiv 77/187 blev udstedt af Rådet på grundlag af EF-traktatens artikel 100 (nu artikel 94 EF) med henblik på at sikre trygheden i ansættelsen for arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver og navnlig varetagelsen af deres rettigheder.

I betragtningerne til direktivet fremhæves det, at der er forskelle mellem medlemsstaterne for så vidt angår omfanget af beskyttelsen af arbejdstagerne på dette område,

og at disse forskelle må mindskes, da de direkte kan indvirke på det fælles markeds funktion. Det blev allerede foreslået at vedtage direktivet i Rådets resolution af 21. januar 1974 om et arbejdsmarkedsmæssigt og socialt handlingsprogram [9]. Formålet med direktivet angives navnlig i artikel 3, stk. 1, som bestemmer, at overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, overgår til erhververen, og i artikel 4, stk. 1, som bestemmer, at en overførsel ikke i sig selv giver hverken overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser.

20. Det fremgår af Domstolens praksis, at direktiv 77/187 har til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet de kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren [10]. Direktivet tilsigter derimod ikke at indføre en ensartet beskyttelse for hele Fællesskabet på grundlag af fælles kriterier. Direktivet kan derfor kun påberåbes med henblik på at sikre, at arbejdstageren opnår samme beskyttelse i forhold til erhververen, som han havde i forhold til overdrageren i henhold til vedkommende medlemsstats retsregler [11].

21. Direktivet finder i henhold til dets artikel 1, stk. 1, anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion. Det indeholder imidlertid ikke nogen definition af begreberne virksomhed, bedrift, del af bedrift, indehaver og overdragelse. Det er Domstolen, der i adskillige domme har fastlagt en fællesskabsdefinition af disse begreber [12].

22. Direktiv 98/50/EF [13], som på væsentlige punkter ændrede formuleringen af direktiv 77/187, indeholder dog visse definitioner — heriblandt definitionen af begreberne overførsel [14], virksomhed [15] og arbejdstager [16] — som uddyber og supplerer direktivets bestemmelser, og som udgør en kodifikation af Domstolens praksis.

9 — EFT C 13, s. 1.

10 — Dom af 17.12.1987, sag 287/86, Ny Mølle Kro, Sml. s. 5465, præmis 12, og af 10.2.1988, sag 324/86, Daddy's Dance Hall, Sml. s. 739, præmis 9.

11 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 10, præmis 16, og dom af 11.7.1985, sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 26.

12 — Domstolen har i præjudicielle sager og i traktatbrudssager mod medlemsstaterne allerede truffet 29 afgørelser vedrørende direktiv 77/187.

13 — Rådets direktiv af 29.6.1998 om ændring af direktiv 77/187 (EFT L 201, s. 88).

14 — I fjerde betragtning til dette direktiv anføres, at begrebet overførsel af hensyn til retssikkerheden og gennemsigtigheden skal afklares på baggrund af Domstolens praksis, men at denne afklaring ikke ændrer anvendelsesområdet for direktiv 77/187. Definitionen af overførsel i henhold til direktiv 77/187, som ændret, er anført i artikel 1, stk. 1, litra b): »... 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«.

15 — I henhold til artikel 1, stk. 1, litra c), i direktiv 77/187, som ændret, finder dets bestemmelser anvendelse på offentlige og private virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje. Det fremgår udtrykkeligt, at en administrativ reorganisering af offentlige administrative myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder falder uden for direktivets anvendelsesområde.

16 — I henhold til artikel 2, stk. 1, litra d), i direktiv 77/187, som ændret, forstås ved arbejdstager enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til den nationale lovgivning.

Medlemsstaternes frist til at gennemføre direktiv 98/50's bestemmelser i national ret udløber imidlertid først den 17. juli 2001. Mit forslag til afgørelse af de præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af Industrial Tribunal, Leeds, må derfor baseres på Domstolens praksis og ikke på denne tekst.

23. Domstolen afstod tidligt fra at give særskilte definitioner på de begreber, der anvendes i direktivet for at beskrive de enheder, som kan overføres til en anden indehaver, nemlig virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter. Domstolen anvendte i stedet begrebet økonomisk enhed.

24. I Spijkers-dommen [17] fastslog Domstolen, at formålet med direktiv 77/187 er at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver, og at det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet. Domstolen tilføjede, at ved vurderingen af, om der er tale om en endnu bestående økonomisk enhed, som afhændes, er det forhold, at den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter, af afgørende betydning.

25. Domstolen har i senere afgørelser uddybet sin definition af begrebet økonomisk enhed. I Rygaard-dommen [18] fastslog Domstolen, at det er en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at overførslen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise, og i Süzen-dommen [19] fastslog den, at begrebet enhed omfatter en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.

26. Definitionen af en arbejdstager, hvis ansættelsesforhold er omfattet af direktivet i tilfælde af en overførsel af den økonomiske enhed, som han arbejder for, findes i Danmols Inventar-dommen [20] og Redmond Stichting-dommen [21]. Begrebet omfatter alle arbejdstagere, som på en eller anden måde er beskyttet — selv i begrænset omfang — mod afskedigelse i henhold til national ret. I kraft af direktivet kan de ikke miste denne beskyttelse, der heller ikke

17 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Sml. s. 1119, præmis 11 og 12.

18 — Dom af 19.9.1995, sag C-48/94, Sml. I, s. 2745, præmis 20.

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

20 — Danmols Inventar-dommen, jf. fodnote 11, præmis 27.

21 — Dom af 19.5.1992, sag C-29/91, Sml. I, s. 3189, præmis 18.

kan begrænses, alene på grund af virksomhedens overførsel [22].

27. I Botzen-dommen tog Domstolen stilling til spørgsmålet, om direktiv 77/187 også omfatter overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt, som bestod på tidspunktet for overførslen, og som er indgået med arbejdstagere, som — skønt de ikke er tilknyttet den overførte del af virksomheden — udfører visse opgaver ved hjælp af investeret kapital, der tilhører den overførte del. Eftersom arbejdsforholdet i alt væsentligt er karakteriseret ved den tilknytning, arbejdstageren har til den del af virksomheden eller bedriften, ved hvilken han er placeret for at udøve sit hverv, fastslog Domstolen, at det for at kunne afgøre, om disse rettigheder og forpligtelser i medfør af direktiv 77/187 overgår til erhververen, var tilstrækkeligt at fastslå, hvilken del af virksomheden eller bedriften den pågældende arbejdstager var ansat i [23].

28. For så vidt angår kravet om, at arbejdsforholdet består på tidspunktet for overførslen, har Domstolen udtalt, at direktiv 77/187 — medmindre andet udtrykkeligt er bestemt — kun kan påberåbes af arbejdstagere, hvis arbejdskontrakt eller arbejdsforhold består på overførselstidspunktet. Spørgsmålet om, hvorvidt der består et arbejdsforhold, skal bedømmes efter national ret, dog således at de præceptive regler i direktivet om beskyttelse af arbejdstagerne mod afskedigelse som følge af overførslen skal overholdes [24].

29. Med hensyn til overdragelse har Domstolen fastslået, at i betragtning af forskellene mellem de sproglige versioner af artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 og mellem medlemsstaternes lovgivninger vedrørende dette begreb kan bestemmelsens rækkevidde ikke bedømmes alene på grundlag af dens ordlyd [25]. I Bork International-dommen [26] fortolkede Domstolen dette begreb ret bredt med henblik på at tilgodese direktivets formål, nemlig at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af overførsel af deres virksomhed, og udtalte, at direktivet må finde anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden.

30. Uden at forsøge at opstille en udtømmende liste skal jeg som eksempler nævne, at Domstolen har fastslået, at direktivet finder anvendelse på overførsel af en virk-

22 — Dom af 15.4.1986, sag 237/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1247, præmis 13.

23 — Dom af 7.2.1985, sag 186/83, Sml. s. 519, præmis 15.

24 — Ny Mølle Kro-dommen, jf. fodnote 10, præmis 25, og dom af 15.6.1988, sag 101/87, Bork International, Sml. s. 3057, præmis 17.

25 — Dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469, præmis 11, 12 og 13.

26 — Bork International-dommen, jf. fodnote 24, præmis 13.

somhed foretaget inden for rammerne af en procedure såsom »surséance van betaling« (en af retten meddelt betalingshenstand)[27], på ejerens overtagelse af driften af en bortforpagtet virksomhed som følge af forpagterens misligholdelse af forpagtningsaftalen[28], i en situation, hvor ejeren af en virksomhed ved en uoverdragelig forpagtnings ophør bortforpagter virksomheden til en ny forpagter, som uden afbrydelse fortsætter driften med det personale, som var blevet opsagt, da den første forpagtning ophørte[29], på overførsel af en virksomhed i henhold til en leasingkontrakt og på tilbageførslen af virksomheden som følge af retslig ophævelse af leasingkontrakten[30], i en situation, hvor ejeren af en virksomhed efter opsigelse eller ophævelse af en lejekontrakt atter overtager virksomheden for senere at sælge den til tredjemand, som kort tid efter fortsætter driften, der har været indstillet siden lejemålets ophør, med lidt over halvdelen af det af den tidligere lejer ansatte personale[31], når det inden for rammerne af en i lovgivningen fastlagt ordning om særlig administration af større kriseramte virksomheder er vedtaget at fortsætte en virksomheds drift under ledelse af den for proceduren for særlig administration ansvarlige kommissær, så længe vedtagelsen herom er i kraft[32], i en situation, hvor en offentlig myndighed beslutter at standse udbetalingen af støtte til en fond oprettet for at yde hjælp til misbrugere, som udgjorde fondens eneste midler, hvorved denne virksomhed fuldstændigt og definitivt bringes til ophør, og overfører støtten til en anden fond med tilsvarende formål[33], i en situation, hvor en virksomhed indgår en aftale med en anden virksomhed om overdragelse af ansvaret for en servicefunktion over for medarbejderne, som tidligere blev forestået af førstnævnte virksomhed selv, mod et vederlag og forskellige andre ydelser, der er nærmere fastlagt i aftalen mellem virksomhederne[34], i en situation, hvor et selskab, der er indehaver af en ret til at forhandle automobiler i et bestemt område, indstiller sin virksomhed, og forhandlerretten derefter overdrages til et andet selskab, som overtager en del af personalet og profiterer af en anbefaling over for kundekredsen, uden at

27 — Abels-dommen, jf. fodnote 25, præmis 30, dom af 7.2.1985, sag 179/83, FNV, Sml. s. 511, præmis 7, og Botzen-dommen, jf. fodnote 23, præmis 9. Direktivet finder derimod ikke anvendelse på overførsler, som sker inden for rammerne af en konkursbehandling, der har til formål at realisere overdragerens aktiver under den kompetente retlige myndigheds kontrol.

28 — Ny Mølle Kro-dommen, jf. fodnote 10, præmis 15.

29 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 10, præmis 11.

30 — Dom af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Berg, Sml. s. 2559, præmis 20.

31 — Bork International-dommen, jf. fodnote 24, præmis 20.

32 — Dom af 25.7.1991, sag C-362/89, d'Urso m.fl., Sml. I, s. 4105, præmis 34. Derimod finder direktivet ikke anvendelse på overførsel af en virksomhed, der sker inden for rammerne af en kreditorforfølgningsprocedure som den i italiensk lovgivning omhandlede tvungne administrative likvidation, jf. italiensk lov af 3.4.1979 om særlig administration af større kriseramte virksomheder, eftersom formålet med denne procedure ligesom i konkurs er at realisere debitors aktiver med henblik på fyldestgørelse af samtlige anmeldte fordringer.

33 — Redmond Stichting-dommen, jf. fodnote 21, præmis 21.

34 — Dom af 12.11.1992, sag C-209/91, Watson Rask og Christensen, Sml. I, s. 5755, præmis 21. Den aftale, som Philips og ISS havde indgået, indebar, at ISS påtog sig driften af Philips' kantiner (herunder menuplanlægning, indkøb, tilberedning, ekspedition, alle administrative funktioner samt rekruttering og uddannelse af personale), og at ISS overtog de medarbejdere, der var ansat hos Philips, på uændrede løn- og opsigelsesvilkår. Philips skulle betale ISS et fast månedligt vederlag, der skulle dække alle med den ordinære drift forbundne udgifter, såvel som udgifterne til forskellige varer, såsom engangsservice, emballage, servietter og rengøringsmidler. Endvidere stillede Philips følgende vederlagsfrit til rådighed: godkendte salgs- og produktionslokaler, driftsudstyr, el, varme og telefon samt renovation. Almindelig vedligeholdelse af lokalerne og driftsudstyret påhvilede også Philips.

der sker nogen overførsel af aktiver [35], på overførsel af en virksomhed i retslig likvidation, når virksomhedens aktiviteter videreføres [36], og såfremt et selskab i frivillig likvidation helt eller delvis overfører sine aktiver til et andet selskab, der efterfølgende udsteder ordrer til en arbejdstager, som ifølge selskabet i likvidation skal efterkomme dem [37].

31. Der foreligger derimod ikke en overførsel i direktivets artikel 1, stk. 1's forstand, når en virksomhed — med bygherrens samtykke — med henblik på færdiggørelsen af en entreprise påbegyndt af en anden virksomhed overtager entreprisen, to lærlinge og en ansat, som allerede har arbejdet på entreprisen, samt materiale på byggepladsen. En sådan overførsel vil kun kunne være omfattet af direktivet, hvis der samtidig overføres en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse. I Rygaard-dommen [38] fastslog Domstolen, at overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift i direktiv 77/187's forstand forudsætter, at overførslen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise, og at denne situation ikke foreligger, hvor en virksomhed overfører en af sine entrepriser til en anden virksomhed med henblik på færdiggørelse.

32. I Schmidt-dommen [39] fastslog Domstolen, at direktivets anvendelsesområde omfatter en situation, hvor en virksomhed ved aftale overdrager en anden virksomhed ansvaret for udførelsen af rengøringsarbejde, der tidligere blev varetaget direkte, selv om dette arbejde før overførslen blev udført af en enkelt arbejdstager. Domstolen bekræftede i denne dom, at det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet, hvilket navnlig fremgår af den omstændighed, at den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter. Domstolen anlagde den — efter min mening ret radikale — fortolkning, at hverken den omstændighed, at den overførte aktivitet kun var af sekundær betydning for den overdragende virksomhed og ikke var nødvendig i forhold til virksomhedens formål, eller den omstændighed, at den pågældende aktivitet før overførslen blev varetaget af en enkelt ansat, eller det forhold, at der ikke skete overdragelse af aktiver, kunne medføre, at transaktionen faldt uden for direktivets anvendelsesområde.

35 — Dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Merckx og Neuhuys, Sml. I, s. 1253, præmis 32.

36 — Dom af 12.3.1998, sag C-319/94, Dethier Équipement, Sml. I, s. 1061, præmis 32.

37 — Dom af 12.11.1998, sag C-399/96, Europièces, Sml. I, s. 6965, præmis 36.

38 — Jf. fodnote 18, præmis 20-23.

39 — Dom af 14.4.1994, sag C-392/92, Sml. I, s. 1311. Sagsøgeren var ansat af en sparekasse til at gøre rent i en af dens filialer. Hun blev afskediget med den begrundelse, at rengøringen i fremtiden skulle foretages af et specialiseret firma, der allerede varetog rengøringen af de fleste af sparekassens øvrige bygninger. Det pågældende rengøringsfirma tilbød sagsøgeren ansættelse til en månedlig løn, som var højere end den løn, hun indtil da havde oppebåret. Hun kunne imidlertid ikke acceptere at arbejde under disse betingelser, idet hun mente, at udvidelsen af det areal, der skulle rengøres, i realiteten ville medføre, at hendes timeløn blev ringere, og hun anlagde herefter sag på grund af uberettiget opsigelse.

33. Denne retspraksis er imidlertid fra 1997 blevet nuanceret med Süzen-dommen [40], Hernández Vidal-dommen [41] og Hidalgo-dommen [42], hvor Domstolen understregede, at overførslen skal vedrøre en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, idet der ved begrebet enhed forstås en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.

Allerede i Süzen-dommen fastslog Domstolen, at hvor en aftale om rengøring indgået med én entreprenør ophæves, hvorefter rengøringen overdrages til en anden entreprenør, er den omstændighed, at den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye ordremodtager, er den samme, ikke i sig selv tilstrækkelig til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed, idet en enhed ikke kan begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over. På baggrund af denne argumentation fastslog Domstolen, at direktivet ikke finder anvendelse i en sådan situation, hvis der i denne forbindelse hverken overdrages materielle eller immaterielle aktiver af betydning fra den ene entreprenør til den anden eller af den nye entreprenør overtages en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren udførte det af aftalen omfattede arbejde [43].

I Hernández Vidal-dommen, som vedrørte en virksomhed, der havde en anden virksomhed til at varetage rengøringen af sine lokaler, men som opsagde den pågældende kontrakt for selv at varetage rengøringen, præciserede Domstolen, at selv om den økonomiske enhed skal være tilstrækkelig struktureret og selvstændig, indebærer dette ikke nødvendigvis, at der til denne er knyttet materielle eller immaterielle aktiver af betydning. I visse brancher, som f.eks. rengøring, er disse aktiver ofte begrænset til det mest elementære, og den aktivitet, der udøves, er hovedsagelig baseret på arbejdskraften. Derfor kan en organiseret helhed af lønmodtagere, som i længere tid udfører opgaver i fællesskab, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer, udgøre en økonomisk enhed [44].

Hidalgo-sagen vedrørte offentlige myndigheder, som havde udliciteret hjemmehjælpen til personer med behov herfor og bevogtningen af bygninger til to private

40 — Jf. fodnote 19. I sit forslag til afgørelse i denne sag udtalte generaladvokat La Pergola i punkt 10: »... Det forhold, at den overvejende del af de arbejdstagere, der udfører en bestemt aktivitet, tidligere har været beskæftiget med udførelsen af tilsvarende opgaver hos en anden virksomhed, er efter min opfattelse ikke det afgørende kriterium — 'the controlling test' — for, at den pågældende aktivitet har de kendetegn vedrørende organisatorisk selvstændighed, som er karakteristiske for begrebet virksomhed, bedrift eller en del af en bedrift... Kun hvis aktiviteten videreføres, og en virksomhed samtidig har overdraget immaterielle og materielle aktiver til en anden, foreligger der en overførsel af en virksomhed... som omhandlet i direktivet.«

41 — 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.

42 — Dom af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Hidalgo m.fl., Sml. I, s. 8237.

43 — Jf. fodnote 19, præmis 15 og 23.

44 — Jf. fodnote 41, præmis 27.

virksomheder, og som ved udløbet af eller efter opsigelse af de pågældende kontrakter besluttede ikke at forny disse, men indgå nye kontrakter med andre virksomheder. Domstolen fastslog i sin dom, at der i den virksomhed, som har fået tildelt kontrakten, i princippet kan være en tilstrækkeligt struktureret og selvstændig enhed, selv om virksomheden — som det i øvrigt ofte er tilfældet — skal overholde bestemte forpligtelser, som er pålagt den af den ordregivende myndighed. Selv om sidstnævnte kan have stor indflydelse på den ydelse, som tjenesteyderen leverer, har denne ikke desto mindre normalt en vis, om end begrænset, frihed ved tilrettelæggelsen og udførelsen af tjenesteydelsen, uden at det kan udlægges således, at hans opgave blot består i at stille sit personale til rådighed for den ordregivende myndighed[45].

34. Det fremgår af den ovenfor beskrevne retspraksis, at Domstolen indtil nu har fastlagt følgende kriterier for, om der er tale om en overførsel i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187: Der skal være tale om en økonomisk enhed forstået som en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål; denne enhed skal være organiseret på stabil måde, og dens aktiviteter må ikke være begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise; der skal — som led i et kontraktforhold — ske en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for enhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne; og den økonomiske enhed skal have bevaret sin identitet, hvilket både fremgår af den omstændighed, at den nye indehaver fortætter de samme aktiviteter, og af, at det personale, der er ansat i enheden, fortsætter, og dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og de driftsmidler, den råder over, videreføres.

35. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen fra Industrial Tribunal, Leeds, at ACC i mange år udførte anlægsarbejde i mineindustrien, og at selskabet på grund af sine høje arbejdskraftomkostninger besluttede ikke længere selv at udføre dette arbejde. Arbejdsstyrken blev tilsyneladende afskediget, efterhånden som det arbejde, selskabet havde påtaget sig, blev afsluttet, og samtidig afgav selskabet i forbindelse med licitationer afholdt af RJB tilbud baseret på arbejdskraftomkostningerne i AMS, som skulle være underentreprenør, og hvortil ACC faktisk — med mineejerens godkendelse — gav arbejdet i underentreprise. De arbejdstagere, som ACC afskedigede af økonomiske årsager, og som fik udbetalt fratrædelsesgodtgørelser, blev — uden afbrydelse, men på løn- og arbejdsvilkår, der var mindre fordelagtige, end de hidtil havde haft — ansat af AMS, som havde brug for arbejdskraft for at opfylde kontrakterne. Denne ordning, som fortsatte i flere år, var tilsyneladende ikke midlertidig, men kunne derimod betegnes som stabil, når henses navnlig til, at den først blev ændret, da mineejeren krævede, at de ansattes løn- og arbejdsvilkår blev forbedret. Herefter besluttede ACC dels igen at

45 — Jf. fodnote 42, præmis 27.

udføre arbejdet selv, dels at genansætte den arbejdsstyrke, som AMS hurtigt afskedigede.

36. Med henblik på at fastslå, om der er sket en overførsel af en del af en virksomhed fra ACC til AMS, skal Industrial Tribunal, Leeds, afgøre, om det arbejde, der består i anlæg af minegange i Prince of Wales-kulminen, og som oprindeligt blev udført af ACC, men som dette selskab i august 1994 besluttede at give i underentreprise til AMS — et selskab, som blev oprettet i 1993 — udgjorde en økonomisk enhed, som kunne identificeres inden for ACC, og som var organiseret på stabil måde, forstået som en organiseret helhed af personer og aktiver, der forfølger et selvstændigt formål; om denne beslutning om at give arbejde i underentreprise var midlertidig således, at den kun vedrørte udførelsen af en bestemt entreprise, eller om den gjaldt på ubestemt tid; om de arbejdstagere, som blev afskediget af det ene selskab og herefter ansat af det andet, netop var de samme arbejdstagere, som i længere tid havde udført dette arbejde; og om AMS som følge af, at arbejdet blev givet i underentreprise, og arbejdstagerne herefter først blev afskediget og dernæst genansat, påtog sig en arbejdsgivers forpligtelser over for de arbejdstagere, som skulle udføre det pågældende arbejde. Hvis det arbejde, der bestod i at anlægge underjordiske minegange i Prince of Wales-kulminen, udgjorde en økonomisk enhed, skal den nationale ret endelig afgøre, om denne enhed bevarede sin identitet, da det pågældende arbejde blev givet i underentreprise til AMS, og da ACC — efter at have besluttet, at ordningen skulle ophøre — igen påtog sig det.

37. Det vanskeliggør unægteligt i høj grad den nationale rets opgave, at ACC og AMS tilhører samme koncern, og at de har ejere, ledelse, lokaler og arbejde til fælles, hvilket dog ikke udelukker, at der er sket en overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187.

38. Domstolen har over for de nationale retter tilkendegivet, at der ved bedømmelsen af, om betingelserne for, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed, er opfyldt i et konkret tilfælde, må 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 hvilken 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[46].

39. For så vidt angår de syv forhold, som den nationale ret med det andet spørgsmål

46 — Spijkers-dommen, jf. fodnote 17, præmis 13, Ny Molle Kro-dommen, jf. fodnote 10, præmis 19, Redmond Stichting-dommen, jf. fodnote 21, præmis 24, Merckx og Neuhuys-dommen, jf. fodnote 35, præmis 17, Süzen-dommen jf. fodnote 19, præmis 14, Hidalgo-dommen, jf. fodnote 42, præmis 29, og Hernández Vidal-dommen, jf. fodnote 41, præmis 29.

har anmodet Domstolen om at tage i betragtning, skal jeg anføre, at ingen af disse forekommer mig at være af afgørende betydning ved afgørelsen af, om der er sket en overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187.

40. For eksempel kan det forhold, at der ikke er sket overførsel af aktiver fra ACC til AMS [punkt b)], skyldes, at der i minebranchen er tradition for, at arbejdet udføres med de aktiver, som mineejeren stiller til rådighed. Under alle omstændigheder kunne AMS ifølge forelæggelsesafgørelsen råde over det udstyr, som ACC tidligere havde benyttet, og når der ikke skete overførsel af lokaler, ledelse og infrastruktur, kan dette bero på, at de to selskaber var fælles herom. Selv om kundekredsen ikke er blevet overført [punkt c)], er det klart, at der kun var tale om en kunde, og at transaktionen blev gennemført med dennes samtykke. Den omstændighed, at flytningen af arbejdstagerne fra ACC til AMS ikke eller kun i ubetydeligt omfang fandt sted samtidig med, at kontrakterne begyndte eller ophørte [punkt d)], kan som anført af Kommissionen meget vel skyldes, at en overførsel af en virksomhed er en kompleks juridisk transaktion, som kan tage en vis tid. Den omstændighed, at ACC og AMS har samme ledelse og lokaler [punkt e]), er ikke til hinder for, at det ene selskab overfører en økonomisk enhed med de beskrevne karakteristika til det andet selskab. Det forhold, at arbejdet var fortløbende, idet aktiviteterne ikke blev afbrudt, og der ikke var ændringer i den måde, hvorpå de blev udført [punkt f)], er karakteristisk for overførsler af virksomheder.

Jeg råder ikke over tilstrækkelige oplysninger til, at jeg kan udtale mig om punkt f) i det andet præjudicielle spørgsmål, hvoraf det fremgår, at arbejdstagerne efter at være blevet ansat af AMS udførte arbejde for både ACC og AMS, alt efter behovet hos den lokale ledelse, som var ansvarlig for de to selskaber. Hvis ACC's arbejde bestod i at anlægge underjordiske minegange i Prince of Wales-kulminen, og selskabet ophørte med at udføre dette arbejde, da det gav det i underentreprise til AMS, og formodentligt i forbindelse hermed afskedigede størstedelen af sin arbejdsstyrke, som herefter blev ansat af AMS, resterer spørgsmålet, hvilket arbejde ACC lod de medarbejdere, som var ansat hos AMS, udføre.

41. Tilbage står punkt a) i det andet spørgsmål vedrørende ACC's afskedigelse af arbejdstagerne og AMS's efterfølgende ansættelse af dem med henblik på at udføre det arbejde, nemlig anlæg af minegange, som ACC tidligere havde udført.

42. Som jeg allerede har nævnt bestemmer artikel 4, stk. 1, i direktiv 77/187, at en overførsel ikke i sig selv giver overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser, om end bestemmelsen ikke er til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer. Sagsøgerne i hovedsagen blev netop afskediget

af ACC med den begrundelse, at der var tale om økonomiske årsager.

Denne bestemmelse finder imidlertid anvendelse på overførsler af virksomheder i direktivets forstand, og ACC bestrider, at en sådan overførsel har fundet sted. Efter min opfattelse afskedigede dette selskab ikke alene sine ansatte, fordi det — når det agtede at give arbejdet i underentreprise til AMS — ikke længere ville få brug for dem, men tilsyneladende også for at AMS kunne råde over den nødvendige specialiserede arbejdskraft til at opfylde kontrakterne uden selv at skulle søge. Det kan derfor ikke udelukkes, at selskabet havde til hensigt at unddrage sig de forpligtelser, som følger af direktivet, da det alt efter behovet i forbindelse med arbejdet overførte arbejdstagere fra det ene selskab til det andet med henblik på at nedbringe arbejdskraftomkostningerne ved hjælp af lønnedgangen.

43. Under alle omstændigheder har Domstolen fastslået, at hvis arbejdstagere i en virksomhed i strid med direktivets artikel 4, stk. 1, afskediges alene på grund af overførslen, betragtes disse arbejdstagere, som om de stadig var ansat i virksomheden, hvilket bevirker, at arbejdsgiverens forpligtelser over for arbejdstagerne uden videre overgår fra overdrageren til erhververen i medfør af direktivets artikel 3, stk. 1. For at kunne afgøre, om afskedigelsen alene er begrundet i overførslen, må det tages i betragtning, under hvilke objektive omstændigheder afskedigelsen er sket, og navnlig om den har virkning fra et tidspunkt, der ligger tæt på overførselstidspunktet, og om de pågældende arbejdstagere er blevet genansat af erhververen [47].

Domstolen har endvidere fastslået, at arbejdstagere, som retsstridigt er blevet afskediget af overdrageren kort tid før overførslen af virksomheden, og som ikke overtages af erhververen, over for erhververen kan påberåbe sig, at afskedigelsen er retsstridig [48].

44. Hvis Industrial Tribunal, Leeds, når frem til den konklusion, at der er sket en overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187, vil dette indebære, at ACC's afskedigelse af de pågældende arbejdstagere var ugyldig, og at erhververen burde have tilbudt dem samme løn- og arbejdsvilkår. Da erhververen nemlig er trådt i overdragerens sted med hensyn til de rettigheder og forpligtelser, som følger af arbejdsforholdet, kan dette i forhold til erhververen ændres i samme omfang, som det kunne have været ændret i forhold til overdrageren, dog således at overførslen i sig selv under ingen omstændigheder giver nogen begrundelse for at foretage ændringer. Direktivet er imidlertid ikke til hinder for, at der aftales en ændring af arbejdsforholdet med den nye indehaver af virksomheden, såfremt den nationale lovgivning

47 — Bork International-dommen, jf. fodnote 24, præmis 18.
48 — Dethier Équipement-dommen, jf. fodnote 36, præmis 42.

tillader en sådan ændring i andre tilfælde end ved virksomhedsoverdragelse[49].

Jeg udleder af de faktiske omstændigheder, som er beskrevet af den nationale ret, at den britiske lovgivning ikke tillader arbejdsgiveren at ændre løn- og arbejdsvilkårene til skade for arbejdstagerne[50]. I modsat fald ville ACC ikke have behøvet at afgive tilbud på basis af arbejdskraftomkostningerne i AMS og give arbejdet i underentreprise til dette selskab.

45. Endelig har det sagsøgte selskab i hovedsagen i sit indlæg anført, at direktiv 77/187 ikke kan finde anvendelse på to selskaber som ACC og AMS, der begge er datterselskaber af AMCO, og som fungerer som en enkelt økonomisk enhed, der samarbejder om at nå fælles forretningsmæssige mål, og at de i relation til konkurrenceretten må betragtes som en enkelt virksomhed. Desuden havde AMS ikke nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin adfærd på markedet, men var alene et middel til at nå koncernens forretningsmæssige mål.

46. Jeg kan ikke tilslutte mig denne vurdering. Domstolen fastslog ganske vist i dommen i sagen Viho mod Kommissionen[51], at et moderselskab og dets datterselskaber udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskaberne ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af deres adfærd på markedet[52], men udfører de instrukser, de modtager fra moderselskabet, hvis kontrol de er underlagt[53]. Denne retspraksis er imidlertid fastlagt i en konkurrenceretlig kontekst, hvor begrebet virksomhed skal forstås som en økonomisk enhed i relation til den pågældende aftale, også når denne økonomiske enhed juridisk set udgøres af flere fysiske eller juridiske personer[54]. Retten i Første Instans har hertil tilføjet, at ved anvendelsen af konkurrencereglerne, er moderselskabets og datterselskabets fællesskab om markedsadfærd vigtigere end disse selskabers formelle adskillelse, der er et resultat af deres status som selvstændige juridiske personer[55].

49 — Daddy's Dance Hall-dommen, jf. fodnote 10, præmis 17 og 18.

50 — Denne opfattelse bekræftes af de svar, som repræsentanterne for sagsøgerne i hovedsagen og Det Forenede Kongeriges regering gav på de spørgsmål, jeg stillede dem under retsmødet.

51 — Dom af 24.10.1996, sag C-73/95 P, Sml. I, s. 5457, præmis 16.

52 — I denne sag blev det lagt til grund, at moderselskabet ejede hele kapitalen i datterselskaberne, som var etableret i flere medlemsstater, og at datterselskabernes salgs- og marketingsvirksomhed blev ledet af en områdegruppe, som var udpeget af moderselskabet, og som navnlig kontrollerede salgsmål, bruttofortjeneste, salgsomkostninger, »cash flow« og varelagre. Denne områdegruppe fastlagde også, hvilket produktudvalg der skulle udbydes, kontrollerede reklamevirksomhed og gav instrukser vedrørende priser og rabatter.

53 — Denne retspraksis er fastlagt i dom af 14.7.1972, sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. 1972, s. 151, præmis 133 og 134, org. ref.: Rec. s. 619, domme af 31.10.1974, sag 15/74, Sterling Drug, Sml. s. 1147, præmis 41, og sag 16/74, Winthrop, Sml. s. 1183, præmis 32, dom af 4.5.1988, sag 30/87, Bodson, Sml. s. 2479, præmis 19, og af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen og Silver Line Reisebüro, Sml. s. 803, præmis 35.

54 — Dom af 12.7.1984, sag 170/83, Hydrotherm, Sml. s. 2999, præmis 11.

55 — Dom af 12.1.1995, sag T-102/95, Viho mod Kommissionen, Sml. II, s. 17, præmis 50.

47. Det virksomhedsbegreb, som anvendes i konkurrenceretten i relation til EF-traktatens artikel 85 og 86 (nu artikel 81 EF og 82 EF), er således forskelligt fra det virksomhedsbegreb forstået som en økonomisk enhed, som Domstolen har fastlagt ved anvendelsen af direktiv 77/187, og er irrelevant ved afgørelsen af, om der er sket en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift mellem to selskaber i samme koncern i tilfælde, hvor der er tale om helejede datterselskaber af samme moderselskab.

VI — Forslag til afgørelse

48. Sammenfattende foreslår jeg Domstolen, at de af Industrial Tribunal, Leeds, stillede spørgsmål besvares således:

»1) Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter skal fortolkes således, at direktivet finder anvendelse på to selskaber i samme koncern, som har ejere, ledelse, lokaler og arbejde til fælles, når de af Domstolen fastlagte kriterier for, at der kan være tale om en overførsel af en virksomhed, er opfyldt ved den pågældende overførsel.

2) Det tilkommer Industrial Tribunal, Leeds, at afgøre, om de pågældende kriterier er opfyldt i denne sag, og om der således er sket en overførsel af en økonomisk enhed, som har bevaret sin identitet.«