FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

fremsat den 27. september 2001 [1]

I — Indledning

1. Cour du travail de Bruxelles (Belgien) har i denne sag anmodet Domstolen om at præcisere anvendelsesområdet for 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 [2] (herefter »direktivet«).

2. De faktiske omstændigheder synes umiddelbart relativt komplicerede. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om der er tale om overførsel af en virksomhed i det tilfælde, hvor virksomhed A har overdraget rengøringen af sine industrielle anlæg til virksomhed B, og virksomhed B derefter overdrager det pågældende arbejde til virksomhed C, der, da virksomhed B mister entreprisen, afskediger alle sine ansatte, bortset fra fire personer. Virksomhed A overdrager derefter entreprisen til virksomhed D, som i medfør af en kollektiv overenskomst ansætter en del af virksomhed C's ansatte, men ikke overtager noget aktiv fra virksomhed C, som fortsat består.

3. Domstolen har allerede skullet tage stilling til spørgsmålet om direktivets anvendelse i forbindelse med underentrepriser, navnlig i rengøringsbranchen [3]. Anmodningen om præjudiciel afgørelse fra Cour du travail giver Domstolen lejlighed til nærmere at præcisere sin retspraksis.

II — Relevante retsregler

A — *Fællesskabsbestemmelserne*

4. Direktivet fastsætter de nødvendige bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre deres rettigheder. I henhold til direktivets artikel 1, stk. 1, finder det anvendelse på overførsel af virksomheder,

1 — Originalsprog: nederlandsk.

2 — EFT L 61, s. 26.

3 — Jf. dom af 14.4.1994, sag C-392/92, Schmidt, Sml. I, s. 1311, af 11.3.1997, sag C-13/95, Süzen, Sml. I, s. 1259, og af 10.12.1998, forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Hernández Vidal m.fl., Sml. I, s. 8179.

bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.

5. I henhold til artikel 2, litra a), forstås der i direktivet ved »overdrager« enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden, bedriften eller en del af bedriften. I henhold til artikel 2, litra b), forstås der i direktivet ved »erhverver« enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, bliver indehaver af virksomheden, bedriften eller en del af bedriften.

6. Artikel 3, stk. 1, bestemmer, at overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen i henhold til artikel 1, stk. 1, overgår som følge af denne overførsel til erhververen.

7. I henhold til artikel 4, stk. 1, første afsnit, giver overførsel af en virksomhed, bedrift eller en del af en bedrift 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.

8. Direktivet er blevet ændret to gange. Rådets direktiv 98/50/EF af 29. juni 1998 om ændring af direktiv 77/187 kodificerede bl.a. en række begreber på baggrund af Domstolens retspraksis [4]. For at sikre at direktivets bestemmelser fremtræder rationelt, ophævede Rådet direktiv 77/187 den 12. marts 2001 og erstattede det med direktiv 2001/23/EF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter [5].

9. I medfør af direktiv 98/50 blev direktivets artikel 1, stk. 1, omnummereret til artikel 1, stk. 1, litra a). Ved direktiv 98/50 indførtes en ny artikel 1, stk. 1, litra b), som vedrører begrebet »overførsel« og har følgende ordlyd:

»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

4 — EFT L 201, s. 88. Fristen for gennemførelse af direktiv 98/50 udløb den 17.7.2001.

5 — EFT L 82. Medmindre andet er angivet, lægges i det følgende det oprindelige direktivs ordlyd til grund.

henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk, jf. dog litra a) [...]«

Denne afklaring blev foretaget af hensyn til retssikkerheden og gennemsigtigheden, men ændrer ikke anvendelsesområdet for direktivet som fortolket af Domstolen [6].

B — *De nationale bestemmelser*

10. Direktivets bestemmelser er gennemført i belgisk ret ved kollektiv overenskomst nr. 32a af 7. juni 1985 om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i tilfælde, hvor der skiftes arbejdsgiver som følge af overførsel af en virksomhed ved aftale og om fastlæggelse af rettigheder for fortsat ansatte arbejdstagere i forbindelse med overtagelse af aktiverne efter konkurs eller tvangsakkord eller efter afståelse af aktiverne til kreditorerne. Overenskomsten blev tillagt bindende virkning ved kongelig anordning af 25. juli 1985 [7].

11. Af betydning i denne sag er desuden en kollektiv overenskomst af 5. maj 1993 vedrørende »fortsat ansættelse af personale ved overførsel af kontrakter om daglig rengøring«, som gælder for rengøringsbranchen. Denne overenskomst har ingen sammenhæng med den kollektive overenskomst af 7. juni 1985.

12. I henhold til artikel 3 i den kollektive overenskomst af 5. maj 1993 har den virksomhed, som opnår kontrakten, pligt til at skaffe sig oplysninger hos den virksomhed, som mister kontrakten, vedrørende antallet af ansatte og arbejdsvilkårene. Artikel 4 foreskriver, at den virksomhed, som opnår kontrakten, har pligt til — inden to uger efter, at den har opnået kontrakten, og i hvert fald mindst en uge, inden den overtager entreprisen — skriftligt at tilbyde mindst 75% af de arbejdspladser, der findes i forbindelse med entreprisen efter overførslen, til arbejdere, som virksomheden selv kan udvælge, og som er en del af personalet i den virksomhed, som mister kontrakten, på betingelse af, at de pågældende arbejdere har mindst seks måneders erfaring på den pågældende entreprise. Udvælgelsen sker på grundlag af funktionsbetingede kriterier. I henhold til artikel 5 får de arbejdere, som overtages i henhold til reglerne i artikel 4, en ny arbejdskontrakt uden prøvetid og bevarer deres anciennitet.

III — Faktiske omstændigheder i hovedsagen og sagens forløb

13. De faktiske omstændigheder og baggrunden for sagen kan sammenfattes som følger.

14. Selskabet Volkswagen lod rengøringen af visse af sine industrianlæg udføre af

6 — Ifølge fjerde betragtning til direktiv 98/50.

Moniteur belge 9.8.1985, . 11527.

selskabet Buyle-Medros-Vaes Associates SA (herefter »BMV«) fra den 2. maj 1993 og indtil den 8. januar 1995. BMV havde lige fra begyndelsen givet rengøringsarbejdet i underentreprise til General Maintenance Contractors SPRL (herefter »GMC«), der ifølge dette selskabs eget udsagn på det tidspunkt havde denne kontrakt hos Volkswagen som sin eneste aktivitet. I december 1994 opsagde Volkswagen kontrakten med BMV og overdrog ved kontrakt af 9. januar 1995 det pågældende rengøringsarbejde til Temco Service Industries SA (herefter »Temco«). For Temco var Volkswagen-entreprisen en blandt flere entrepriser.

15. Volkswagens overdragelse af kontrakten til Temco havde følger for det personale hos GMC, som udførte rengøringsarbejdet hos Volkswagen.

16. Da kontrakten mellem Volkswagen og BMV blev bragt til ophør den 8. januar 1995, opsagde GMC på korrekt vis hele sit personale med undtagelse af fire personer, nemlig Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi og Khalil Lakhdar, som var omfattet af en særlig beskyttelse mod opsigelse, idet de var fagforeningsrepræsentanter [8]. GMC gav de varsler, der er fastsat i belgisk lovgivning, og traf de foranstaltninger, der kræves i tilfælde af virksomhedslukning og kollektive afskedigelser. De kollektive afskedigelser blev godkendt af Office régional bruxellois de l'emploi (det regionale kontor for beskæftigelse) den 30. november 1994.

17. I overensstemmelse med bestemmelserne i overenskomsten af 5. maj 1993 genansatte Temco den 9. januar 1995 42 af de 80 personer, som tidligere havde været ansat hos GMC.

18. Den 13. januar 1995 anmodede GMC, hvis eneste entreprise på daværende tidspunkt var entreprisen med Volkswagen, det paritetiske udvalg om at godkende, at der forelå sådanne økonomiske eller tekniske årsager, som kunne begrunde, at selskabet afskedigede de fire fagforeningsrepræsentanter. Anmodningen blev afslået den 28. februar 1995. Tribunal du travail de Bruxelles, for hvilken der blev fremsat begæring om omgørelse af denne afgørelse, fastslog ved dom af 13. september 1995, at den ikke havde kompetence til at træffe afgørelse. Ved dom af 23. november 1995 stadfæstede Cour du travail de Bruxelles denne afgørelse.

19. Det fremgår af sagens akter, at de fire fagforeningsrepræsentanter modtog en godtgørelse fra GMC indtil december 1995, selv om GMC allerede under en brevveksling med Temco havde anført, at disse personers kontrakter automatisk var blevet overført til Temco i medfør af overenskomst nr. 32a. De blev opsagt af GMC den 12. december 1995.

8 — I forelæggelsesdommen omtales en kollektiv overenskomst indgået den 18.4.1968 i det paritetisk sammensatte udvalg for rengørings- og desinficeringsvirksomheder, hvorefter fagforeningsrepræsentanter er sikret den samme beskyttelse som personer, der er valgt til eller opstiller som kandidater til bestyrelser og sikkerheds- og hygiejneudvalg.

20. Det er på denne baggrund, at de fire personer anlagde sag mod GMC, BMV og Temco ved Tribunal du travail de Bruxelles.

21. I dom af 12. marts 1998 fastslog Tribunal du travail de Bruxelles, at den sag, som de fire fagforeningsrepræsentanter havde anlagt mod Temco, kunne fremmes til realitetsbehandling, og sagsøgerne gives delvis medhold. Tribunal du travail fastslog navnlig, at sagsøgerne Abdesselam Afia-Aroussi og Khalil Lakhdar den 9. januar 1995 uden videre var overgået i Temcos tjeneste i medfør af den kollektive overenskomst nr. 32a.

22. Temco appellerede dommen til den forelæggende ret. Denne ret begrunder de præjudicielle spørgsmål som følger.

23. De faktiske omstændigheder i den for Cour du travail verserende sag er særlige derved, at Volkswagen har overdraget rengøringen af sine industrianlæg til BMV, som ikke selv har udført rengøringen, men givet arbejdet i underentreprise til selskabet GMC, som, da det mistede opgaven, efter at kontrakten mellem Volkswagen og BMV var blevet bragt til ophør, afskedigede hele sit personale, med undtagelse af de fire fagforeningsrepræsentanter, og samtidig, som det fremgår af referatet af de generalforsamlinger, der blev holdt i 1996 og 1997, fortsatte sine aktiviteter og forsøgte at skaffe sig nye kunder. Dette bekræfter, at selskabets formål, således som dette er nærmere beskrevet i dets vedtægter, går ud over blot at gennemføre Volkswagen-entreprisen, selv om denne aktivitet i 1994 var selskabets væsentligste eller rettere eneste aktivitet.

24. Endvidere bemærkes, at indtil december 1995 gav de fire fagforeningsrepræsentanter, som mente at være omfattet af en særlig beskyttelse mod afskedigelse, i kraft af deres adfærd udtryk for, at de fortsat tilhørte GMC's personale. Den forelæggende ret konstaterer, at de aldrig har påstået at være overgået i Temcos tjeneste i medfør af den kollektive overenskomst nr. 32a. Under de sager, der var anlagt ved de arbejdsretlige instanser, har også GMC, om end med visse forbehold, gjort gældende, at de fire fagforeningsrepræsentanter fortsat var ansat af selskabet. Ellers ville de sager, som var anlagt med henblik på at få fastslået, at tekniske eller økonomiske årsager begrundede deres afskedigelse, ikke have nogen mening. Det er i den forbindelse uden betydning, at påstandene herom ikke blev taget til følge.

25. Den forelæggende ret konstaterer endvidere, at der ikke består noget kontraktforhold mellem GMC og Volkswagen, og at der ikke er overgået nogen form for aktiver fra GMC til Temco. Det fremgår af sagens akter, at Volkswagen stiller de nødvendige midler til rengøringen af sine industrielle anlæg til rådighed for de rengøringsvirksomheder, som det indgår kontrakter med.

IV — De præjudicielle spørgsmål

26. Ved dom af 14. februar 2000, indgået til Domstolen den 17. februar 2000, har

Cour du travail de Bruxelles (Sjette Afdeling) forelagt følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Finder artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 anvendelse i det tilfælde, hvor virksomhed A har overdraget arbejdet med rengøringen af sine industrielle anlæg til virksomhed B, og virksomhed B derefter overdrager udførelsen af det pågældende arbejde til virksomhed C, der, da virksomhed B mister kontrakten, afskediger alle sine ansatte, bortset fra fire personer, og virksomhed D derefter får overdraget udførelsen af arbejdet af virksomhed A og i medfør af en kollektiv overenskomst ansætter en del af virksomhed C's ansatte, men ikke overtager noget aktiv fra denne virksomhed, som fortsat består, og som vedblivende forfølger sit vedtægtsmæssige formål?

2) Såfremt det fastslås, at virksomhed C er overdraget og samtidig fortsat består, er direktivet da til hinder for, at virksomheden fortsat kan have visse arbejdstagere ansat?«

27. Der er afgivet skriftlige indlæg af Temco, Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi, Khalil Lakhdar, SA Three S (tidligere GMC), BMV og Kommissionen. Et retsmøde blev afholdt den 17. maj 2001, under hvilket samtlige parter og Kommissionen fremførte deres synspunkter.

V — Vurdering

A — *Direktivets anvendelsesområde*

Indledning

28. Det første spørgsmål fra Cour du travail giver Domstolen mulighed for at afgrænse direktivets anvendelsesområde i forbindelse med en situation, hvor en virksomhed har opsagt en kontrakt om udførelse af tjenesteydelser med en virksomhed for derefter at videreføre kontrakten med en anden virksomhed.

29. Det er fjerde gang, at Domstolen i medfør af artikel 234 EF skal tage stilling til anvendelsen af direktivet på transaktioner i rengøringsbranchen. Hver gang har der været tale om faktiske omstændigheder, som adskilte sig en smule fra hinanden. I Schmidt-dommen [9] var der tale om en virksomhed, som tidligere selv havde påtaget sig ansvaret for rengøringen og dernæst ved aftale havde overdraget den til en anden virksomhed. I Hernández Vidal m.fl.-dommen [10] var situationen omvendt, idet en virksomhed, som havde overladt

9 — Nævnt i fodnote 3.

10 — Nævnt i fodnote 3.

rengøringen af sine lokaler eller en del af dem til en anden virksomhed, opsagde kontrakten for derefter selv at udføre rengøringsarbejdet.

30. Omstændighederne i Süzen-dommen [11] er dem, som mest ligner forholdene i tvisten i hovedsagen. En ordregiver, som havde overdraget vedligeholdelsen af sine lokaler til en virksomhed, opsagde kontrakten og indgik derefter en ny kontrakt med en anden virksomhed om udførelse af lignende opgaver. I Süzen-dommen fastslog Domstolen, at direktivet ikke finder anvendelse på »en situation, hvor en ordregiver, som har overdraget rengøringen af sine lokaler til én entreprenør, opsiger aftalen med denne og indgår en ny aftale med en anden entreprenør vedrørende udførelsen af tilsvarende arbejde, 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«.

31. Kommissionen og alle parterne, med undtagelse af Temco, har med støtte i en bred fortolkning af de retlige betragtninger i Süzen-dommen draget den slutning, at der i nærværende sag foreligger en virksomhedsoverførsel som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1.

11 — Nævnt i fodnote 3.

32. Jeg mener imidlertid ikke, at denne løsning er tilfredsstillende. Når man når frem til et sådant resultat, har man efter min opfattelse i alt for ringe udstrækning taget hensyn til den økonomiske kontekst, hvori tjenesteydelser lægges ud i underentreprise. Under hensyn til de særlige økonomiske omstændigheder, hvorunder kontrakter om underentrepriseydelser indgås, og ligeledes til direktivets formål, Domstolens retspraksis samt de af den forelæggende ret anførte omstændigheder i hovedsagen, når jeg til den konklusion, at direktivet ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

Den økonomiske kontekst, hvori tjenesteydelser lægges ud i underentreprise

33. Til støtte for min opfattelse er det nødvendigt indledningsvis at undersøge den økonomiske kontekst, hvori underentreprisekontrakter indgås.

34. Volkswagens fremgangsmåde er typisk for en aktuel tendens blandt virksomheder til at lægge opgaver, som ikke hører til deres kerneaktivitet, ud til virksomheder, som har specialiseret sig i underleverance af supplerende tjenesteydelser. Som eksempel kan nævnes virksomheder, som beskæftiger sig med rengøring, vagttjenester, catering, kundeservice, uddannelse og træning, service inden for hardware og software, produktudvikling osv. Tjenesteleverandørerne opererer ofte på lokalt plan og i lille målestok, og de udfører deres aktiviteter i ordregiverens lokaler, hvilket naturligvis

ikke udelukker, at konkurrerende virksomheder samtidig udfører opgaver for den samme ordregiver [12]. På disse tjenestemarkeder udføres hovedsagelig specifikke dele af en økonomisk virksomhed i et givet tidsrum, der kan variere fra én dag, som f.eks. cateringservice ved et særligt arrangement, til flere år, når der er tale om rengøring. Ved kontraktens udløb skal tjenesteleverandøren på ny vinde ordregiverens tillid, da denne ellers vil foretrække en konkurrent, som tilbyder bedre vilkår og ydelser. Hvis eksempelvis personalet på en institution klager over cateringservicen, vil ordregiveren indgå en aftale med en cateringvirksomhed, som tilbyder en bedre service.

35. I forbindelse med disse økonomiske aktiviteter udgør arbejdskraften sædvanligvis en betydelig del af omkostningerne. Da ordregiverens kontrakt med tjenesteleverandøren ofte indgås for en relativt kort periode, er der stor personaleomsætning i denne sektor.

36. Markederne for denne type tjenesteydelser er i stadig udvikling. Der findes et stort og voksende antal ordregivere, og antallet af tjenesteleverandører stiger ligeledes. Dette er en vigtig forskel i forhold til de koncessioner, som udbydes på markeder med et relativt begrænset antal sælgere og købere, som f.eks. markederne for jernbanetransport og tv- og radiofrekvenser. På disse markeder er koncessionsgiverens valg af kontrahent af stor betydning for konkurrenternes markedsstilling, og en tjenesteleverandør, som mister en entreprise, kan have svært ved at overleve. I en situation som i den foreliggende sag vil en tjenesteleverandør, som har mistet en entreprise, i reglen begynde at se sig om efter nye kunder.

37. Det bemærkes endvidere, at markederne for underentrepriseydelser er kendetegnet ved en stor mangfoldighed. Der er både tale om højt kvalificerede tjenester med en stor merværdi, såsom software- og ingeniørvirksomhed, og om tjenester, som udføres af mindre kvalificeret arbejdskraft, eksempelvis rengøringsvirksomhed. Der forekommer desuden underspecialisering inden for de enkelte sektorer. Den foreliggende sag illustrerer denne mangfoldighed — under retsmødet blev det således påpeget, at rengøring af industrianlæg indtager en særstilling inden for rengøringsbranchen og ikke kan sammenlignes med almindelig rengøring af skoler og kontorer.

38. På baggrund af disse markeders heterogene og dynamiske karakter mener jeg, at Domstolen bør udvise tilbageholdenhed i spørgsmålet om direktivets anvendelse i forbindelse med udskiftning af en kontraktmodtager. Markedsdynamikken kan blive forstyrret, hvis begrebet overførsel i direktivets forstand tolkes alt for fleksibelt.

12 — I retsmødet anførte Abdesselam Afia-Aroussis og Khalil Lakhdars advokat, at en række andre rengøringsvirksomheder samtidig var beskæftiget hos Volkswagen inden for forskellige dele af fabrikken.

Risikoen for at blive pålagt en forpligtelse til at respektere rettighederne for samtlige ansatte i en virksomhed, *alene* fordi der er overtaget en kontrakt og en del af personalet fra den virksomhed, der har mistet kontrakten, vil betyde et mindre incitament for en potentiel ny tjenesteleverandør til at vinde kontrakten. Virksomhederne kan til og med tænkes at afholde sig fra at deltage i konkurrencen om at få entreprisen. Alt dette kan føre til, at markedet stagnerer. De faktiske omstændigheder i tvisten i hovedsagen kan igen tjene som eksempel. Spørgsmålet er nemlig, om Temco ville have været indstillet på at indgå kontrakten om rengøring hos Volkswagen på de samme vilkår, hvis selskabet havde været nødsaget til at overtage hele GMC's personale i stedet for de 42 arbejdstagere.

39. Man kunne herimod hævde, at en obligatorisk overtagelse af hele personalet er en del af den risiko, enhver virksomhed normalt løber. Dette er rigtigt, hvis det drejer sig om en faktisk overtagelse af en virksomheds drift i selskabsretlig forstand. I så fald foretager erhververen en costbenefitanalyse af den virksomhed, som skal overtages, og overtagelsesprisen fastsættes under hensyn til bl.a. de tidligere resultater og den obligatoriske overtagelse af personalet. Det samme sker ved de koncessioner med lang løbetid, som tildeles på grundlag af offentlig licitation. I forbindelse med outsourcing af tjenesteydelser er det centrale element imidlertid alene, at der tildeles en kontrakt for en relativt kort periode, og efter min mening udgør en obligatorisk personaleovertagelse i den sammenhæng ikke en del af virksomhedsrisikoen.

40. Formålet med direktivet er at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver [13]. Direktivet har hjemmel i EF-traktatens artikel 100 (nu artikel 94 EF), hvorfor man ikke kan se bort fra markeds- og konkurrencemæssige overvejelser. På et marked, som er karakteriseret ved specialisering, aftaler med kort løbetid mellem ordregivere og tjenesteleverandører og en betydelig personaleomsætning, passer beskyttelsen af arbejdstagere bedre ind i den klassiske arbejdsret end i den arbejdspladsbeskyttelse, som foreskrives, når der er tale om virksomhedsoverførsler [14]. Hvis tjenesteleverandøren pålægges en forpligtelse til alt for hurtigt at overtage hele personalet, vil direktivets formål ikke stå i et rimeligt forhold til principperne om aftale- og næringsfrihed.

Kriterierne for direktivets anvendelse og udviklingen i Domstolens retspraksis

41. Det fremgår ligeledes af Domstolens praksis, at der ved bedømmelsen af en transaktion skal tages hensyn til den økonomiske kontekst, hvori den finder sted. Som bekendt har fællesskabslovgiveren ikke defineret begreberne »overførsel«, »virksomhed«, »overdragelse« og »fusion« i direktivets artikel 1, stk. 1. Det tilkommer

13 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 11. Fast retspraksis, jf. den seneste dom af 25.1.2001, sag C-172/99, Liikenne, Sml. I, s. 745, præmis 19.

14 — Den nationale arbejdsret sikrer arbejdstageren beskyttelse, hvis ansættelsesvilkårene ændrer sig, således at de ikke automatisk kan afskediges uden begrundelse. I tvisten i hovedsagen forsøgte GMC allerede i januar 1995 at afskedige de fire fagforeningsrepræsentanter »af økonomiske eller tekniske årsager«, men ifølge forelæggelsesdommen blev denne anmodning afslået af et paritetisk sammensat udvalg (jf. punkt 18 i dette forslag til afgørelse).

derfor Domstolen at afgrænse disse fællesskabsretlige begreber. Domstolen har i en omfattende retspraksis fortolket disse grundlæggende begreber fleksibelt og på baggrund af direktivets sociale formål. Domstolen har ikke udarbejdet strikte, præcist afgrænsede definitioner, men har i stedet fastlagt kriterier, som skal anvendes af den nationale domstol alt efter omstændighederne i det enkelte tilfælde.

42. Kriterierne for anvendelse af direktivet kan sammenfattes som følger. For det første skal overførslen vedrøre en »virksomhed«, der defineres som en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde [15]. Virksomheden skal være genstand for en kontraktmæssig »overdragelse«, og Domstolen har herved præciseret, at kontraktforholdet skal indebære et skifte af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som derved påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for de ansatte i virksomheden [16].

43. Det *afgørende kriterium* for at fastslå, hvorvidt der forligger en »overførsel« i direktivets forstand, er, om den pågældende enhed har bevaret sin identitet, hvilket bl.a. er tilfældet, når driften faktisk fortsætter eller genoptages af den nye indehaver med samme eller lignende økonomiske aktiviteter [17]. Dette kriterium er efterfølgende blevet kodificeret i artikel 1, stk. 1, litra b), i det ændrede direktiv.

44. Det tilkommer den nationale domstol at efterprøve, om denne betingelse er opfyldt i et konkret tilfælde under hensyntagen til de fortolkningselementer, som Domstolen har fastslået. Ifølge Domstolen skal den nationale domstol tage hensyn til alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen, herunder til, hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af materielle aktiver, f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, om kundekredsen overføres, samt til, i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Det skal dog understreges, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte aspekter af den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret [18].

45. Eftersom den nationale domstol skal tage hensyn til alle de faktiske omstændigheder, mener jeg, at der ved en vurdering af transaktioner, som drejer sig om underentrepriseydelser, også skal tages hensyn til

15 — Dom af 19.9.1995, sag C-48/94, Rygaard, Sml. I, s. 2745, præmis 20. Jf. Liikenne-dommen, nævnt i fodnote 31, præmis 31.

16 — Dom af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Berg og Busschers, Sml. s. 2559, præmis 19.

17 — Fast retspraksis siden Spijkers-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 11.

18 — Ligeledes fast retspraksis siden Spijkers-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 13.

de pågældende tjenestemarkeders type og karakteristika. Dette kan ske ved, at man lader disse karakteristika indgå i fortolkningen af begreberne »overdragelse« og »virksomhed«, jf. artikel 1, stk. 1, i direktivet.

46. Domstolens retspraksis vedrørende disse begreber har undergået en bemærkelsesværdig udvikling.

47. Således er kravet om, at overførslen skal have form af en [kontraktmæssig] »overdragelse«, ikke begrænset til situationer, hvor der foreligger et aftaleforhold mellem overdrageren og erhververen af en virksomhed. Som følge af forskellene mellem de sproglige versioner af direktivet og forskellene mellem de nationale lovgivninger med hensyn til begrebet overdragelse skal der ved bedømmelsen af begrebets rækkevidde ligeledes tages hensyn til direktivets opbygning og formål [19]. Det er grunden til, at Domstolen allerede har udvidet begrebet »overdragelse« så langt, at direktivet finder 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 de ansatte i virksomheden [20]. Det er f.eks. uden betydning, om der er sket en overførsel af ejendomsret [21], eller om der foreligger en fælles partsvilje vedrørende overførsel af ejendomsret [22]. Den omstændighed, at en kontrakt om forpagtning af en restauration ophæves, hvorefter der indgås en ny kontrakt med en anden forpagter, er ikke til hinder for, at direktivet finder anvendelse. Domstolen har således antaget, at overførslen i en sådan situation finder sted i to omgange via en tredjemand, idet virksomheden først tilbageføres fra den oprindelige forpagter til ejeren, som dernæst overfører den til en ny forpagter [23].

48. Domstolen er imidlertid ikke gået så langt som til at acceptere, at der ikke findes nogen form for forbindelse mellem overdrageren og erhververen. I Redmond Stichting-dommen, hvor en myndighed — Groningen kommune — havde standset støtten til en fond, som ydede hjælp til misbrugere, for efterfølgende at overføre støtten til en anden fond med tilsvarende formål, fastslog Domstolen, at direktivet fandt anvendelse, idet den lagde særlig vægt på den omstændighed, at den gamle og den nye fond havde indgået en aftale om

19 — Jf. allerede dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469, præmis 13.

20 — Jf. f.eks. dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Merckx og Neuhuys, Sml. I, s. 1253, præmis 28.

21 — Jf. f.eks. dom af 17.12.1987, sag 287/86, Ny Molle Kro, Sml. s. 5465.

22 — Direktivet kan finde anvendelse, når en forpagter igen overtager driften af den forpagtede virksomhed, efter at kontrakten er ophævet ved retslig afgørelse på grund af misligholdelse. Jf. Berg og Busschers-dommen, nævnt i fodnote 16, præmis 19.

23 — Dom af 10.2.1988, sag 324/86, Tellerup, »Daddy's Dance Hall-dommen«, Sml. s. 739, præmis 10. I Liikenne-dommen anså Domstolen det ikke for udelukket, at direktivet finder anvendelse, når to virksomheder efter hinanden har fået tildelt driften af lokale regulære busruter i henhold til en procedure for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler i overensstemmelse med Rådets direktiv 92/50/EØF af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, EFT L 209, s. 1. Domstolen fastslog, at der forelå aftalemæssig overdragelse i overensstemmelse med teorien om overdragelse i »to trin«, når to virksomheder efter hinanden af en offentligretlig juridisk person har fået overdraget driften af en offentlig tjenesteydelse (Liikenne-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 28-30).

overførsel af patienter, bygninger, viden og midler[24]. I en sag, hvor et selskabs ret til at forhandle automobiler var bragt til ophør og en ny forhandlerret overdraget til et andet selskab, fastslog Domstolen, at den omstændighed, at hovedaktionæren i det tidligere selskab og den nye forhandler havde indgået en aftale betegnet »aftale og garantitilsagn«, hvorefter den førstnævnte forpligtede sig til at afholde udgifterne i forbindelse med en række erstatningsbeløb i form af godtgørelser i anledning af overførsel af personale, bekræftede, at der forelå en overdragelse i den i direktivet forudsatte betydning[25].

49. I Süzen-dommen fastslog Domstolen, at den omstændighed, at der ikke forelå et direkte kontraktforhold mellem de to entreprenører, hvor først den ene og derefter den anden havde fået overdraget rengøringsarbejdet på en skole, ikke havde afgørende betydning for anvendelsen af direktivet[26]. Samtidig fastslog Domstolen imidlertid, at det er en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift[27].

50. Helt at opgive kravet om, at der skal bestå et kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen ville i øvrigt være contra legem. I direktivet henvises nemlig udtrykkeligt til kontraktforhold som følge af overdragelse eller fusion.

51. Ved siden af begrebet »overdragelse« har også begrebet »virksomhed« som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, udviklet sig. Ifølge Domstolen finder direktivet anvendelse, når overførslen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt opgave. Begrebet »enhed« omfatter en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål[28]. Kun når en sådan enhed bevarer sin økonomiske identitet, kan der være tale om en overførsel. Enheden kan dog bevare sin identitet, hvis f.eks. virksomhedens hjemsted flyttes til en anden kommune, overdrageren indstiller enhver virksomhed efter overdragelsen, og en stor del af personalet afskediges[29].

52. En sådan vid fortolkning var også central i Süzen-dommen, ifølge hvilken begrebet »økonomisk enhed« ikke nødvendigvis forudsætter, at der er knyttet aktiver til den pågældende enhed. Domstolen fastslog, at en økonomisk enhed i visse brancher kan fungere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver. I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, såsom i rengøringsbranchen, vil en gruppe af

24 — Dom af 19.5.1992, C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189, præmis 27.

25 — Merckx og Neuhuys-dommen, nævnt i fodnote 20, præmis 30 og 31.

26 — Nævnt i fodnote 3, præmis 11.

27 — Jf. fodnote 3, præmis 12.

28 — Fast retspraksis, jf. Liikenne-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 31.

29 — Merckx og Neuhuys-dommen, nævnt i fodnote 20, præmis 20-26.

arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne bevare sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave. I så fald overtager den nye indehaver en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse [30].

53. Dette ræsonnement trækker grænsen for, hvad Domstolen har anset for tilladt, for at direktivet finder anvendelse. I andre domme er Domstolen ikke gået så langt. Anlæg af minegange [31] og drift af busruter [32] kan ikke betragtes som en aktivitet, der i det væsentligste er baseret på arbejdskraft. I Rygaard-dommen fastslog Domstolen klart, at der ikke foreligger en overførsel i direktivets forstand, når en virksomhed med bygherrens samtykke med henblik på færdiggørelse af en entreprise påbegyndt af en anden virksomhed overtager entreprisen, to lærlinge og en ansat samt materiale. I denne sag havde virksomhed A accepteret en entreprise, som bestod i at udføre snedkerarbejde for virksomhed B. Virksomhed A lod derefter med virksomhed B's samtykke virksomhed C færdiggøre en del af entreprisen. Ifølge Domstolen var der ikke sket en overførsel mellem virksomhed A og C, fordi der ikke samtidig blev overført en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse [33].

54. I Süzen-dommen fastslog Domstolen utvetydigt, at den omstændighed, at den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye entreprenør, er den samme, ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed. En enhed kan ikke 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. Det forhold, at en virksomhed må afgive udførelsen af en tjenesteydelse til en konkurrent, er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der i henhold til direktivet er tale om en overførsel [34].

55. Denne retspraksis vedrørende genstanden for overførslen som omhandlet i artikel 1, stk. 1, i direktivet, viser, at Domstolen har anlagt en vid fortolkning af spørgsmålet om, hvorvidt en økonomisk enhed bevarer sin identitet, ekstensivt. Identiteten skal imidlertid opvise en vis grad af organisation og stabilitet og kan ikke alene bestå i at udføre en entreprise for en enkelt kunde.

30 — Süzen-dommen, præmis 18 og 21, og Hernández Vidal m.fl.-dommen, præmis 27, begge nævnt i fodnote 3. I Hidalgo m.fl.-dommen, der blev afsagt den samme dag som Hernández Vidal m.fl.-dommen, fastslog Domstolen, at også i bevogtningsbranchen er aktiverne ofte begrænset til det mest elementære, og de aktiviteter, der udøves, er hovedsagelig baseret på arbejdskraften, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Sml. I, s. 8237, præmis 26.

31 — Dom af 2.12.1999, sag C-234/98, Allen m.fl., Sml. I, s. 8643, præmis 30.

32 — Liikenne-dommen, nævnt i fodnote 13, præmis 39.

33 — Rygaard-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 21.

34 — Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 15 og 16.

Anvendelse af kriterierne i den foreliggende sag

56. Jeg vender nu tilbage til den foreliggende sag. Den forelæggende ret har fremhævet visse særlige omstændigheder. Volkswagen havde i første omgang overdraget rengøringsentreprisen til BMV, som dernæst gav arbejdet i underentreprise til GMC. Der bestod således ikke noget direkte kontraktforhold mellem GMC og Volkswagen og endnu mindre mellem GMC og den nye kontraktmodtager Temco. Desuden blev der ikke overført nogen form for aktiver fra GMC til Temco. En del af personalet blev ganske vist overtaget af Temco, men denne overtagelse fandt sted, da arbejdstagerne med undtagelse af de fire fagforeningsrepræsentanter allerede var blevet opsagt af GMC. Overtagelsen af personalet var en følge af de forpligtelser, som påhvilede Temco i medfør af en kollektiv overenskomst. Den forelæggende ret har endvidere anført, at GMC fortsat bestod, efter at BMV havde mistet kontrakten med Volkswagen [35].

57. Da der er tale om rengøringsarbejde, ville det være i overensstemmelse med den retspraksis, der blev fastslået i Süzen-dommen, kun at undersøge, om Temco fortsatte de aktiviteter, som BMV-GMC havde udført hos Volkswagen, og overtog størstedelen af de ansatte, som hos GMC udførte det pågældende rengøringsarbejde. Som ovenfor anført er en sådan undersøgelse efter min mening alt for begrænset. Ifølge den ovennævnte retspraksis skal der ved vurderingen af de faktiske omstændigheder omkring den pågældende transaktion også tages hensyn til bl.a., hvilken form for virksomhed der er tale om [36], og hvilken type økonomisk aktivitet der udføres [37]. Jeg foreslår, at Domstolen anvender et videre kriterium og ved undersøgelsen ligeledes tager hensyn til de økonomiske forhold, under hvilke transaktionen har fundet sted.

58. Efter min mening kan der på grundlag af oplysningerne fra den forelæggende ret og under hensyntagen til den økonomiske kontekst vanskeligt drages den konklusion, at rengøringsvirksomhedens *identitet* skulle være blevet overført til den nye kontraktmodtager som led i et *kontraktforhold*. Man kan kun udlede, at Temco har overtaget en del af GMC's personale med henblik på at opfylde sin kontrakt med Volkswagen.

59. Indledningsvis står det klart, at den omstændighed, at Volkswagen indgik en kontrakt om industrirengøring med en ny kontraktpart, ikke udgør en overførsel i selskabsretlig forstand. Det drejer sig nemlig kun om en kontrakt om udførelse af bestemte økonomiske aktiviteter. I lyset af

35 — De af den forelæggende ret anførte faktiske omstændigheder er for nogles vedkommende blevet bestridt og for andres vedkommende suppleret af parterne. Det er således gjort gældende, at BMV og GMC de facto er den samme virksomhed. GMC er kun et tomt selskab, som ikke længere havde til hensigt at udøve virksomhed, og hvis eksistens kun kan forklares ved de igangværende retssager. Der er endvidere rejst tvivl om, at den kollektive overenskomst af 5.5.1993 var den eneste grund til, at Temco overtog de 42 ansatte fra GMC. Uden GMC's specialiserede personale ville Temco ikke have kunnet opfylde den kontrakt, det havde indgået med Volkswagen. Det tilkommer den nationale domstol at efterprøve disse påstande. I mit forslag til afgørelse henholder jeg mig i videst mulig udstrækning til de oplysninger, som den forelæggende ret har givet i begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse.

36 — Spijkers-dommen, nævnt i fodnote 13, jf. punkt 44 i dette forslag til afgørelse.

37 — Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, jf. punkt 52 i dette forslag til afgørelse.

de ovennævnte præmisser i Süzen-dommen [38] udgør den omstændighed, at BMV mistede rengøringsentreprisen hos Volkswagen til fordel for Temco, ikke en virksomhedsoverførsel i direktivets forstand.

60. Efter min mening kan man i sagens natur ikke tale om »overførsel af en virksomhed [...] som følge af overdragelse eller fusion«, alene fordi den nye kontraktmodtager i forbindelse med udlægning af tjenesteydelser i underentreprise overtager (størstedelen af) den tidligere kontraktparts personale. Det gør i den forbindelse ingen forskel, om overtagelsen af personalet sker frivilligt, f.eks. fordi den nye kontraktmodtager har brug for personalets knowhow for at udføre entreprisen, eller ufrivilligt, f.eks. fordi kontraktmodtageren er forpligtet hertil i medfør af en kollektiv overenskomst.

61. For så vidt angår kravet om, at der skal foreligge et kontraktforhold, findes der ikke nogen reel forbindelse mellem BMV-GMC og Temco, ud over at de fulgte efter hinanden som tjenesteleverandør til Volkswagen [39]. Temco overtog en del af personalet, *efter at* GMC allerede havde opsagt sine ansatte i overensstemmelse med gældende bestemmelser. GMC har desuden bemærket, at det, da det ansøgte om godkendelse af opsigelsen af de 76 arbejdstagere, endnu ikke kendte den nye kontrahents identitet. Det fremgår af den foreliggende rets sagsfremstilling, at den kollektive afskedigelse blev godkendt allerede den 30. november 1994 af Office régional bruxellois de l'emploi, mens Volkswagen indgik kontrakten med Temco i december 1994. Der er intet, der tyder på, at GMC, BMV og Temco har foretaget en fiktiv disposition f.eks. for at undgå anvendelse af direktivet. Efter min mening kan der således ikke foreligge et kontraktforhold, heller ikke et indirekte. Også det ræsonnement om overførsel i »to trin«, som Domstolen har anvendt i sin retspraksis, og som ikke forudsætter et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, bygger på, at der findes en vis forbindelse, og at der sker en vis formidling fra den »mellemliggende« virksomheds side [40]. Der er imidlertid ikke fremkommet noget, der tyder på, at Volkswagen som ordregiver har blandet sig i forbindelserne mellem den gamle og den nye kontraktmodtager.

62. Dertil kommer, at virksomheden ikke har bevaret sin identitet. I den foreliggende sag kan identiteten ikke udledes af fortsættelsen af den samme aktivitet — nemlig industrirengøring — fordi udskiftningen af en kontraktpart, når det drejer sig om udlægning af tjenesteydelser i underentreprise, i sagens natur indebærer en fortsættelse af aktiviteten.

63. Efter min mening bevarer en sådan enhed heller ikke sin identitet, når den nye indehaver ikke blot fortsætter den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den

38 — Jf. punkt 54 i dette forslag til afgørelse.

39 — Der har dog været enkelte kontakter mellem den nuværende og den tidligere tjenesteleverandør. Sagens akter indeholder således en kopi af en skrivelse fra Volkswagen til Weisspunkt, hvis aktiver og passiver BMV havde overtaget. I skrivelsen, der er dateret den 14.12.1994, underrettes Weisspunkt om, at Euroclean, som indgår i Temco-koncernen, overtager industrirengøringen hos Volkswagen. Det fremgår i øvrigt af sagens akter, at der er foregået en brevveksling mellem GMC og Temco vedrørende de oplysninger, der er omhandlet i artikel 3 i den kollektive overenskomst af 5.5.1993.

40 — Jf. i samme retning generaladvokat La Pergolas forslag til afgørelse i Süzen-sagen, nævnt i fodnote 3, punkt 7.

arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave [41]. Eftersom det er åbenbart, at de arbejdstagere, som GMC opsagde, havde en særlig viden om arbejdet hos Volkswagen [42], er det i et markedsperspektiv en helt normal fremgangsmåde, at Temco tilbød en del af det opsagte personale arbejde. At en ny kontraktmodtager på et dynamisk marked overtager størstedelen af arbejdsstyrken har efter min mening intet at gøre med en virksomheds identitet og kan dermed heller ikke være afgørende. I dette tilfælde erhverver den nye indehaver ikke nogen organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktivitet eller en del af den [43]. Selv om arbejdskraften udgør den væsentligste faktor i de aktiviteter, som udføres, kan en virksomheds identitet ikke anses for alene at bero på det overtagne personales antal og kvalificationer. Ved vurderingen af identiteten må der også tages hensyn til andre personalefaktorer som lederskab, organisationsstruktur, opgavefordeling, uddannelses-, løn- og avancementsystemer. Når en del af personalet overtages i forbindelse med en underentreprise i servicesektoren gennem ændring af arbejdskontrakterne med henblik på at opfylde en specifik kontrakt, kan der heller ikke, som følge af denne kontrakts pr. definition midlertidige karakter, være tale om en varig fortsættelse af den pågældende aktivitet.

64. Af ovennævnte grunde finder direktivet efter min mening ikke anvendelse i den foreliggende sag. Kravet om, at virksomheden som led i et kontraktforhold bevarer sin identitet, er nemlig ikke opfyldt.

65. Dette er efter min opfattelse også en berettiget konklusion.

66. For det første ville en anden opfattelse føre til det paradoksale resultat, at direktivet, som har til formål at beskytte *alle* arbejdstagere i forbindelse med virksomhedsoverførsel, i forbindelse med en underentreprise i servicesektoren allerede finder anvendelse, hvis *en del* af arbejdstagerne overtages for at udføre en del af det samme arbejde. Dette ville være endnu mere ubegribeligt, hvis den nye kontraktmodtager ikke overtager personalet frivilligt, men på grund af en forpligtelse i medfør af en kollektiv overenskomst. I så fald dikteres virksomhedsoverførslen nemlig af den kollektive overenskomst.

67. For det andet er det svært at se, hvorfor, når en tjenesteleverandør mister en ordre af økonomiske årsager, fordi en anden virksomhed kan tilbyde bedre vilkår, den nye tjenesteleverandør uden videre skulle være forpligtet til at beholde personalet fra den virksomhed, som har mistet entreprisen, blot fordi personalet udgør den væsentligste faktor i den økonomiske aktivitet. En bemærkelsesværdig følge heraf ville f.eks. være, at den nye kontraktmodtager ved udskiftning af en virksomhed, som leverer cateringydelser til en virksomhedskantine, på grund af at personalet har klaget over dårlig service, skulle være tvunget til at overtage det personale, som

41 — Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 21.

42 — Som anført af Abdesselam Afia-Aroussis og Khalil Lakhdars advokat under retsmødet.

43 — Rygaard-dommen, nævnt i fodnote 15, præmis 21.

ordregiveren var utilfreds med. Det ville fra et markedssynspunkt være uansvarligt at anlægge en alt for vid fortolkning, og en sådan fortolkning kunne få vidtrækkende og uforudsigelige følger i en dynamisk økonomisk virkelighed. En fortsat udvidelse af kriterierne for direktivets anvendelse vil uundgåeligt føre til vilkårlighed og retsusikkerhed på disse markeder.

68. For det tredje har direktivet til formål at beskytte det allerede ansatte personale, men som nævnt indebærer en udlægning af tjenesteydelser i underentreprise efter min mening hovedsagelig, at en kontrakt med kort løbetid skifter indehaver, og ikke en kostbar overtagelse af en virksomhed og dens personale. I det foreliggende tilfælde kan en fuldstændig overtagelse af personalet, hvor arbejdstagerne beholder de rettigheder, som følger af deres arbejdskontrakt med GMC, medføre, at Temcos arbejdstagere diskrimineres. Det kan ikke udelukkes, at Temco har et mere motiveret og bedre kvalificeret personale, som på grund af direktivets anvendelse ville blive udelukket fra at arbejde hos Volkswagen. For Temco var Volkswagen kun en ordregiver blandt mange andre. Temco fratages desuden muligheden for at søge andet personale på arbejdsmarkedet. Beskyttelsen af de allerede ansatte arbejdstagere medfører således ubestrideligt, at de arbejdstagere, som ønsker at komme ind på arbejdsmarkedet, forfordeles.

B — *Direktivets beskyttelsesområde*

69. Hvis Domstolen i det foreliggende tilfælde fastslår, at der ikke foreligger en virksomhedsoverførsel, er det ufornødent at besvare det andet spørgsmål. For det tilfælde, at Domstolen træffer en anden afgørelse, vil jeg kort behandle dette spørgsmål.

70. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om direktivet er til hinder for, at GMC, såfremt det skal betragtes som overdragende selskab, beholder visse arbejdstagere i sin tjeneste. I hovedsagen foreligger den vanskelighed, at GMC på grund af den nationale lovgivning om beskyttelse mod afskedigelse, ikke har fået tilladelse til at opsige fire fagforeningsrepræsentanter. Af denne grund havde det måske været umuligt eller vanskeligere for disse fire arbejdstagere at udøve deres rettigheder i henhold til direktivet. I realiteten leder dette til spørgsmålet om, hvorvidt de fire arbejdstagere over for Temco kan påberåbe sig den beskyttelse, som foreskrives i artikel 3, stk. 1, i direktivet, hvis de på grund af beskyttelsen mod afskedigelse ikke har opgivet deres ansættelsesforhold hos GMC og heller ikke er blevet opsagt af overdrageren.

71. Det er derfor nødvendigt at undersøge, hvilken betydning den nationale lovgivning — set i forhold til de berørte arbejdstageres adfærd — har for fortolkningen af direktivet.

72. Direktivet har til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet

arbejdstagerne kan forblive i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der er aftalt med overdrageren. Ifølge Domstolen skal direktivets bestemmelser betragtes som præceptive i den forstand, at det ikke kan fraviges til ugunst for arbejdstagerne. Således er overførsel af arbejdskontrakter ikke undergivet overdragerens eller erhververens bestemmelse [44]. Disse kan heller ikke i fællesskab bestemme, fra hvilket tidspunkt erhververen overtager ansvaret for de forpligtelser, som følger af et ansættelsesforhold, eftersom disse forpligtelser fuldt ud overgår til erhververen alene på grund af overførslen [45].

73. Det følger heraf, at GMC som overdrager ikke kan tilsidesætte de pågældende arbejdstageres rettigheder ved at beholde dem i sin tjeneste. Det forhold, at GMC måtte være forpligtet hertil i henhold til den nationale lovgivning, er efter min mening ikke afgørende. Hvis direktivet finder anvendelse, kan den nationale lovgivning nemlig ikke fortolkes til ugunst for disse arbejdstagere. Den ovennævnte retspraksis er til hinder for en sådan fortolkning, som desuden er til skade for direktivets effektive virkning.

74. Den præceptive karakter af direktivets artikel 3, stk. 1, begrænses imidlertid af arbejdstagerens ret til frit at vælge arbejde. Domstolen har fastslået, at den beskyttelse, direktivet har til formål at sikre, imidlertid er formålsløs, når den berørte af egen fri vilje beslutter sig for ikke at fortsætte arbejdsforholdet under den nye arbejdsgiver efter overførslen [46]. I et sådant tilfælde tilkommer det medlemsstaterne at afgøre, hvordan arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet skal fortolkes. Den nationale lovgivning kan f.eks. bestemme, at arbejdskontrakten skal vedblive at bestå med overdrageren [47].

75. I hovedsagen hersker der divergerende opfattelser i spørgsmålet om, hvorvidt de fire fagforeningsrepræsentanter frivilligt har givet afkald på at overgå til Temco. I forelæggelsesdommen har Cour du travail anført, at ingen af de fire fagforeningsrepræsentanter har påstået, at de overgik til Temco, inden de blev afskediget af GMC i december 1995. Det er gjort gældende, at, eftersom de betragtede sig som omfattet af en særlig beskyttelse mod afskedigelse, havde de gennem deres adfærd vist, at de stadig tilhørte GMC's personale.

76. Disse konstateringer er imidlertid blevet bestridt af GMC-BMV og af de fire fagforeningsrepræsentanter. De har gjort gældende, at i perioden fra den 9. januar til den 11. december 1995 stod de fire ganske vist stadig på lønningslisten og oppebar en del af deres løn fra GMC, uden dog at arbejde, men at dette beroede på Temcos afvisning af at overtage dem. Disse arbejdstagere har således ikke frivilligt afstået fra at overgå til Temco.

44 — Jf. dom af 14.11.1996, sag C-305/94, Rotsart de Hertaing, Sml. I, s. 5927, præmis 16-20.

45 — Rotsart de Hertaing-dommen, nævnt i fodnote 44, præmis 24.

46 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 16.

47 — Dom af 16.12.1992, forenede sager C-132/91, C-138/91 og C-139/91, Katsikas m.fl., Sml. I, s. 6577, præmis 35 og 36.

77. Det er ikke muligt på grundlag af de skriftlige indlæg og parternes mundtlige indlæg i retsmødet klart at fastslå, om de fire fagforeningsrepræsentanter gennem deres adfærd frivilligt har afstået fra de rettigheder, de formodes at have i henhold til direktivet. Derfor tilkommer det den nationale domstol at træffe endelig afgørelse af dette spørgsmål på baggrund af de faktiske omstændigheder. Den nationale domstol skal i den forbindelse tage hensyn til, at fagforeningsrepræsentanterne i henhold til den nationale lovgivning var omfattet af en særlig retlig beskyttelse, som kan forklare, at de udviste en vis tilbageholdenhed med hensyn til at overgå til Temco. Eftersom forpligtelserne uden videre overgår til erhververen gennem selve overførslen, er jeg tilbøjelig til at mene, at den nationale domstol bør lægge de pågældende arbejdstageres adfærd på overførselstidspunktet til grund for sin bedømmelse, det vil sige omkring den 9. januar 1995. Dette er også, hvad retssikkerhedsprincippet i forhold til overdrageren og erhververen nødvendiggør.

VI — Forslag til afgørelse

78. Jeg foreslår herefter, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Cour du travail de Bruxelles har stillet, på følgende måde:

»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 finder ikke anvendelse i et tilfælde, hvor virksomhed A har overdraget arbejdet med rengøringen af sine industrielle anlæg til virksomhed B, og virksomhed B derefter overdrager udførelsen af det pågældende arbejde til virksomhed C, der, da virksomhed B mister kontrakten, afskediger alle sine ansatte, bortset fra fire personer, og virksomhed D derefter får overdraget udførelsen af arbejdet af virksomhed A og i medfør af en kollektiv overenskomst ansætter en del af virksomhed C's ansatte, men ikke overtager noget aktiv fra denne virksomhed, som fortsat består, og som vedblivende forfølger sit vedtægtsmæssige formål.

2) Det er ufornødent at besvare det andet spørgsmål.«