FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED

föredraget den 27 september 2001 [1]

I — Inledning

1. I förevarande mål har Cour du travail de Bruxelles begärt att domstolen skall precisera tillämpningsområdet för rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (nedan kallat direktivet). [2]

2. Vid en första anblick förefaller de faktiska omständigheterna i målet vara relativt komplicerade. Den hänskjutande domstolen har frågat om det föreligger en företagsöverlåtelse i följande fall: Företaget A lägger från början ut städningen av företagets industrianläggningar på entreprenad till företaget B, som i sin tur lägger ut arbetet på underentreprenad till företaget C. Företaget B mister entreprenaden, varvid företaget C säger upp all sin personal med undantag av fyra arbetstagare. Företaget A lägger därefter ut entreprenaden på företaget D, som med tillämpning av ett kollektivavtal anställer en del av företaget C:s personal utan att för den skull överta några tillgångar från företaget C, vilket fortsätter att existera.

3. Domstolen har redan uttalat sig om direktivets räckvidd vad gäller tjänsteentreprenad, särskilt inom städsektorn. [3] Begäran om förhandsavgörande från Cour du travail ger domstolen tillfälle att förtydliga sin rättspraxis.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *Gemenskapsrätten*

4. I direktivet föreskrivs nödvändiga bestämmelser för att skydda arbetstagarna vid byte av arbetsgivare, särskilt för att säkerställa att arbetstagarnas rättigheter bevaras. I artikel 1.1 anges att direktivet är tillämpligt vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet

1 — Originalspråk: nederländska.

2 — EGT L 61, s. 26, svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 91

3 — Se dom av den 14 april 1994 i mål C-392/92, Schmidt (REG 1994, s. I-1311; svensk specialutgåva, volym 15, s. 81), av den 11 mars 1997 i mål C-13/95, Süzen (REG 1997, s. I-1259), och av den 10 december 1998 i de förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, Hernández Vidal m.fl. (REG 1998, s. I-8179).

till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion.

5. I artikel 2 a föreskrivs att med "överlåtare" avses i direktivet varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse enligt artikel 1.1 upphör att vara arbetsgivare för företaget, verksamheten eller del av verksamheten. Enligt artikel 2 b avses med "förvärvare" i direktivet varje fysisk eller juridisk person som till följd av en överlåtelse enligt artikel 1.1 blir arbetsgivare för företaget, verksamheten eller del av verksamheten.

6. Enligt artikel 3.1 skall överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen enligt artikel 1.1, till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren.

7. Enligt artikel 4.1 första stycket skall överlåtelsen av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet i sig inte utgöra skäl för uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida. Denna bestämmelse skall dock inte hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i personalstyrkan ingår.

8. Direktivet har reviderats vid två tillfällen. Rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 om ändring av direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter innebär bland annat en kodifiering av ett antal begrepp mot bakgrund av domstolens rättspraxis. [4] För att förenkla texten har rådet den 12 mars 2001 upphävt direktiv 77/187 och ersatt det med direktiv 2001/23/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter. [5]

9. Enligt direktiv 98/50 har direktivets artikel 1.1 omnumrerats till artikel 1.1. a. Genom direktiv 98/50 har den nya artikeln 1.1 b införts, vilken avser begreppet "överlåtelse" och har följande lydelse:

"Med förbehåll för vad som sägs under a... skall med överlåtelse enligt detta direktiv förstås överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av till-

4 — EGT L 201, s. 88. Fristen för införlivande av direktiv 98/50 löpte ut den 17 juli 2001.

5 — EGT L 82, s. 16. Om inte annat anges utgår jag från det ursprungliga direktivets lydelse.

gångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, var sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet."

Detta klargörande har gjorts av rättssäkerhets- och förutsebarhetsskäl, men ändrar inte tillämpningsområdet för direktivet, såsom detta har tolkats av domstolen. [6]

B — *Nationell rätt*

10. De nämnda bestämmelserna i direktivet har införlivats med belgisk rätt genom kollektivavtal nr 32a, av den 7 juni 1985, om skydd för arbetstagares rättigheter vid byte av arbetsgivare till följd av en lagenlig överlåtelse av företag, som innehåller regler om arbetstagares rättigheter vid fortsatt anställning vid övertagande av tillgångar efter konkurs eller ackord, vilket har givits tvingande verkan genom kunglig förordning av den 25 juli 1985. [7]

11. Därtill är även kollektivavtalet av den 5 maj 1993 om "övertagande av personal vid överlåtelse av kontrakt om dagligt underhåll", som är tillämpligt inom städsektorn, av intresse för det aktuella förfarandet. Detta kollektivavtal har inget samband med kollektivavtalet av den 7 juni 1985.

12. Enligt artikel 3 i kollektivavtalet av den 5 maj 1993 är det företag som erhållit kontraktet skyldigt att hos det företag som har förlorat kontraktet efterfråga upplysningar om personalstyrkan och om arbetsvillkoren. Artikel 4 föreskriver att det företag som erhåller kontraktet är skyldigt att inom två veckor efter det att avtalet erhållits, eller i vart fall senast en vecka innan entreprenaden övertas, skriftligen erbjuda minst 75 procent av de arbetstillfällen som finns på entreprenadarbetsplatsen efter överlåtelsen till valfria arbetstagare som tillhör personalstyrkan vid det företag som har förlorat kontraktet, under förutsättning att dessa har arbetat minst sex månader på entreprenadarbetsplatsen. Urvalet skall ske enligt funktionella kriterier. Enligt artikel 5 skall de arbetstagare som övertas på det sätt som anges i artikel 4 erhålla ett nytt anställningsavtal utan provanställning och med bibehållande av tjänsteår.

III — Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen och förfarandet

13. Omständigheterna och bakgrunden till förfarandet kan sammanfattas enligt följande.

14. Under tiden från den 2 maj 1993 till den 8 januari 1995 lade bolaget Volkswagen ut städningen av vissa av dess

6 — Enligt det fjärde skälet i direktiv 98/50.

7 — *Moniteur belge* av den 9 augusti 1985, s. 11527.

anläggningar på entreprenad till bolaget Buyke-Medros-Vaes Associates SA (nedan kallat BMV). BMV anlitade i sin tur redan från början en underentreprenör, bolaget General Maintenance Contractors SPRL (nedan kallat GMC), för att utföra arbetet. Enligt vad GMC har uppgett utgjorde genomförandet av avtalet med Volkswagen dess enda verksamhet vid denna tidpunkt. I december 1994 förnyade inte Volkswagen avtalet med BMV, utan anlitade aktiebolaget Temco Service Industries (nedan kallat Temco) från och med den 9 januari 1995. För Temco var uppdraget hos Volkswagen ett bland flera andra.

15. Det val som Volkswagen gjorde till förmån för Temco fick konsekvenser för den personal hos GMC som utförde städarbetet hos Volkswagen.

16. I och med att avtalet mellan Volkswagen och BMV upphörde att gälla den 8 januari 1995 sade GMC upp alla sina anställda med undantag för fyra personer, nämligen Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi och Khalil Lakhdar, vilka åtnjöt ett särskilt skydd mot uppsägning på grund av att de är fackliga förtroendemän.[8] GMC varslade om uppsägning inom den tidsfrist som föreskrivs i belgisk lag och vidtog de åtgärder som krävs vid nedläggning av ett företag och vid kollektiv uppsägning. Den kollektiva uppsägningen beviljades den 30 november 1994 av Office régional bruxellois de l'emploi.

17. Enligt kollektivavtalet av den 5 maj 1993 anställde Temco den 9 januari 1995 42 av de 80 personer som tidigare hade varit anställda hos GMC. De fyra fackliga företrädarna övertogs inte.

18. Den 13 januari 1995 begärde GMC, som vid denna tidpunkt endast arbetade för Volkswagen, att den partssammansatta kommittén skulle fastställa att det förelåg ekonomiska eller tekniska skäl som skulle göra det möjligt att säga upp de fyra fackliga företrädarna. Denna begäran avslogs den 28 februari 1995. Tribunal du travail, där talan sedan väcktes, fastslog genom beslut av den 13 september 1995 att den inte var behörig att handlägga begäran. Cour du travail fastställde detta beslut genom dom av den 23 november 1995.

19. Av handlingarna i målet framgår att de fyra fackliga företrädarna erhöll ersättning av GMC fram till december 1995, samtidigt som GMC efter en skriftväxling med Temco ansåg att de alla fyra redan juridiskt sett hade övergått till Temco med stöd av kollektivavtal nr 32. De sades upp av GMC den 12 december 1995.

8 — Den hänskjutande domstolens beslut nämner ett kollektivavtal slutet den 18 april 1968 inom den 121:a partssammansatta kommittén för städföretag, vilket ger fackliga företrädare samma skydd som valda medlemmar och kandidater till styrelsen och arbetsskyddskommittén.

20. Det var mot denna bakgrund som dessa fyra personer väckte talan mot GMC, BMV och Temco vid Tribunal du travail de Bruxelles.

21. I dom av den 12 mars 1998 fastslog Tribunal du travail de Bruxelles att den talan de fyra företrädarna väckt mot Temco kunde tas upp till prövning och delvis bifallas. Tribunal du travail fastställde bland annat att kärandena Abdesselam Afia-Aroussi och Khalil Lakhdar den 9 januari 1995 hade övergått till att vara anställda hos Temco enligt kollektivavtal nr 32.

22. Temco överklagade domen till den hänskjutande domstolen. Denna har motiverat de ställda tolkningsfrågorna enligt följande.

23. De omständigheter som Cour du travail har att pröva är speciella på så sätt att Volkswagen anförtrodde städningen av sina industrianläggningar till BMV, som inte självt utförde uppdraget, utan anförtrodde entreprenaden till GMC. När GMC miste kontraktet, till följd av att avtalsförhållandet mellan Volkswagen och BMV hade upphört, sade det upp hela sin personalstyrka (förutom de fyra fackliga företrädarna), men fortsatte samtidigt att bedriva verksamhet och söka efter nya kunder, vilket framgår av protokollen från bolagsstämmorna som hölls åren 1996 och 1997. Detta bekräftar att bolagets verksamhetsföremål, såsom detta beskrivs i bolagsordningen, omfattade mer än bara entreprenaden hos Volkswagen, även om detta utgjorde bolagets huvudsakliga eller till och med enda verksamhet, under år 1994.

24. Å andra sidan visade de fyra fackliga företrädarna, som ansåg sig åtnjuta ett särskilt skydd mot uppsägning, genom sitt beteende att de fortfarande var anställda hos GMC. Den hänskjutande domstolen har påpekat att de aldrig har påstått att de övergått till att vara anställda hos Temco med tillämpning av kollektivavtal nr 32a. GMC för sin del har under de förfaranden som inletts vid arbetsdomstolarna gjort gällande, visserligen med vissa förbehåll, att de fyra företrädarna fortfarande var anställda hos bolaget. Annars skulle förfarandena för att få fastställt att det var motiverat av tekniska eller ekonomiska skäl att säga upp dem ha varit meningslösa. Det spelar ingen roll att dessa förfaranden var utan framgång.

25. Den hänskjutande domstolen konstaterar för övrigt att det inte finns några förbindelser mellan GMC och Volkswagen och att det inte skett någon överlåtelse av tillgångar av något slag från GMC till Temco. Av handlingarna i målet framgår att Volkswagen tillhandahåller de redskap som behövs vid städning av dess industrianläggningar till de städföretag som det sluter avtal med.

IV— Tolkningsfrågorna

26. Domen från Cour du travail de Bruxelles (sjätte avdelningen) av den 14 februari

2000 kom in till domstolens kansli den 17 februari 2000. Tolkningsfrågorna är formulerade på följande sätt:

"1) Är artikel 1.1 i rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 tillämplig under följande omständigheter: Företag A överlåter uppdraget att städa dess industrianläggningar till ett företag B, vilket i sin tur ger uppdraget till ett företag C. Efter att företag B har förlorat kontraktet säger företag C upp samtliga sina anställda, förutom fyra personer. Därefter ger företaget A entreprenaduppdraget till ett företag D, som med tillämpning av ett kollektivavtal anställer en del av företaget C:s personal. Företaget A förvärvar emellertid inga tillgångar av företag C, som fortsätter att existera och driva sin ekonomiska verksamhet?

2) För det fall det fastslås att företaget C skall betraktas som överlåtande företag, samtidigt som det fortsätter att existera, utgör i sådant fall ovannämnda direktiv hinder mot att detta företag behåller vissa arbetstagare i sin tjänst?"

27. Skriftliga yttranden har givits in av Temco, Samir Imzilyen, Mimoune Belfarh, Abdesselam Afia-Aroussi, Khalil Lakhdar, SA Three S (tidigare GMC), BMV och kommissionen. En muntlig förhandling hölls den 17 maj 2001, under vilken samtliga parter och kommissionen framförde sina ståndpunkter.

V — Bedömning

A — *Direktivets tillämpningsområde*

Inledning

28. Den första frågan från Cour du travail gör det möjligt för domstolen att avgränsa direktivets tillämpningsområde när det gäller en situation där ett företag har sagt upp ett tjänsteentreprenadavtal med ett bolag för att sedan fortsätta avtalet med ett annat bolag.

29. Det är fjärde gången som domstolen, i ett förfarande enligt artikel 234 EG, ställs inför frågan om direktivet är tillämpligt på transaktioner inom städsektorn. Varje gång har det varit fråga om faktiska omständigheter som har skilt sig något från varandra. I domen i målet Schmidt [9] var det fråga om ett företag som tidigare självt hade påtagit sig ansvaret för städverksamheten och som sedan hade överlåtit detta till ett annat företag genom avtal. I domen i målet Hernández Vidal m.fl. [10] var situationen den omvända. Ett företag, som hade anlitat ett annat företag för städningen av sina

9 — Ovan fotnot 3.

10 — Ovan fotnot 3.

lokaler eller delar därav, beslöt att säga upp avtalet i fråga och därefter självt ombesörja städningen.

30. Omständigheterna i domen i målet Süzen [11] är de som mest liknar förhållandena i målet vid den nationella domstolen. En uppdragsgivare som hade anlitat ett företag för underhållet av sina lokaler, sade upp avtalet i fråga och slöt sedan ett nytt avtal med ett annat företag om utförande av liknande uppgifter. I domen i målet Süzen fastställde domstolen att direktivet inte skall tillämpas "på en situation där en uppdragsgivare, som hade givit städningsuppdraget avseende sina lokaler till en första företagare, säger upp det avtal som han hade slutit med denne och sluter ett nytt avtal med en andra företagare, för utförande av liknande uppdrag, om denna process inte är förenad med vare sig en överlåtelse av betydande materiella eller immateriella tillgångar mellan de båda företagarna eller ett övertagande, av den nya företagaren, av en huvuddel — i förhållande till antal och kompetens — av personalstyrkan som hans föregångare avdelade för att fullgöra sitt avtal".

31. Kommissionen och samtliga parter, med undantag för Temco, har med stöd av en extensiv tolkning av domskälen i domen i målet Süzen dragit slutsatsen att det i förevarande fall föreligger en företagsöverlåtelse till följd av en sådan lagenlig överlåtelse som avses i artikel 1.1. i direktivet.

11 — Ovan fotnot 3.

32. Jag anser emellertid inte att denna lösning är tillfredsställande. Om man kommer fram till ett sådant resultat har man enligt min mening i alltför liten utsträckning beaktat det ekonomiska sammanhang i vilket tjänster läggs ut på entreprenad. Med hänsyn till de särskilda ekonomiska förhållanden under vilka tjänsteentreprenadavtal ingås, men även till direktivets syfte, domstolens rättspraxis samt omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, såsom de redovisats av den hänskjutande domstolen, drar jag slutsatsen att direktivet inte är tillämpligt i förevarande fall.

Det ekonomiska sammanhang i vilket tjänster läggs ut på entreprenad

33. Till stöd för min uppfattning skall jag till att börja med närmare undersöka det ekonomiska sammanhang i vilket tjänsteentreprenadavtal ingås.

34. Volkswagens förfarande är typiskt för en aktuell tendens bland företag att lägga ut uppgifter som förekommer inom deras verksamhet, men som inte hör till deras kärnverksamhet, på entreprenad till företag som är specialiserade på att tillhandahålla kompletterande tjänster på entreprenad. Som exempel kan nämnas företag som arbetar med städning, bevakning, restauration, kundtjänst, utbildning och träning, leverans av hård- och mjukvara, produktutveckling etc. Tjänsteleverantörerna verkar ofta på lokal nivå och i liten skala, och de bedriver sin verksamhet i uppdragsgivarens lokaler, vilket naturligtvis inte uteslu-

ter att konkurrerande företag samtidigt bedriver verksamhet för samma uppdragsgivare. [12] På dessa tjänstemarknader fullgörs i huvudsak specifika delar av en ekonomisk verksamhet för en given tidsperiod. Denna tidsperiod kan variera från en dag, som till exempel cateringservice vid ett särskilt evenemang, till flera år när det gäller städning. När avtalet går ut måste tjänsteleverantören på nytt vinna uppdragsgivarens förtroende och den senare kommer att föredra ett konkurrentföretag om detta erbjuder bättre villkor och arbetsprestationer. När exempelvis personalen vid en institution klagar på restaurangservicen, kommer uppdragsgivaren att ingå ett avtal med ett restaurangföretag som erbjuder bättre service.

35. I denna ekonomiska verksamhet utgör arbetskraften vanligtvis en betydande del av kostnaderna. Med tanke på att uppdragsgivarens avtal med tjänsteleverantören oftast sträcker sig över en relativt kort period, är personalomsättningen hög inom denna sektor.

36. Marknaderna för den här typen av tjänster är i full utveckling. Det finns ett stort och växande antal uppdragsgivare och antalet tjänsteleverantörer ökar likaså. Detta är en viktig skillnad i förhållande till de koncessioner som utbjuds på marknader där det finns ett relativt begränsat antal säljare och köpare, som till exempel marknaderna för järnvägstransport och TV- och radiofrekvenser. På dessa marknader är koncessionsgivarens val av operatör av stor betydelse för konkurrenternas position på marknaden och en tjänsteleverantör som förlorar ett uppdrag riskerar att slås ut. När det gäller sådan tjänsteentreprenad som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kommer en leverantör som har förlorat ett uppdrag i regel att börja söka efter nya kunder.

37. Marknaderna för tjänsteentreprenad karaktäriseras dessutom av en stor mångfald. Det handlar både om högkvalitativa tjänster med ett högt mervärde, såsom mjukvaru- och ingenjörsverksamhet, och om tjänster som utförs av mindre kvalificerad arbetskraft, såsom städverksamhet. Det finns dessutom underspecialiteter inom sektorerna. Det aktuella fallet illustrerar denna mångfald: vid förhandlingen uppgavs att städning av industrianläggningar intar en särställning inom städsektorn och inte är jämförbar med sedvanlig städning av skolor och kontor.

38. Med hänsyn till att dessa marknader är av så olikartad och dynamisk karaktär anser jag att domstolen inte bör fastställa att direktivet skall tillämpas vid entreprenadbyte. Marknadens dynamiska karaktär skulle riskera att störas om begreppet överlåtelse i direktivets mening tolkades alltför flexibelt. Risken att ställas inför skyldigheten att respektera rättigheterna för samtliga anställda i ett företag *enbart*

12 — Vid sammanträdet angav Abdesselam Afia-Aroussi och Khalil Lakhdar att flera andra städföretag samtidigt arbetade hos Volkswagen inom olika delar av fabriken.

på grund av ett övertagande av en entreprenad och ett övertagande av del av den befintliga personalen kommer att innebära ett minskat incitament för en potentiell ny uppdragstagare att vinna kontraktet. Företag skulle till och med kunna komma att avhålla sig från att konkurrera om att erhålla entreprenaden. Allt detta kan leda till att marknaden stagnerar. De faktiska omständigheterna i målet vid den nationella domstolen kan återigen användas som exempel. Frågan är nämligen om Temco skulle ha varit berett att ingå avtalet om att utföra städning hos Volkswagen på samma villkor om det hade varit tvunget att överta hela GMC:s personal i stället för de 42 arbetstagarna.

39. I detta avseende skulle det kunna göras gällande att ett obligatoriskt övertagande av all personal utgör en del i varje företags normala risktagande. Detta är riktigt om det rör sig om ett faktiskt övertagande av ett företags drift i bolagsrättslig mening. I det fallet gör förvärvaren en analys av kostnader och intäkter i det företag som skall övertas, och övertagandepriset bestäms med beaktande bland annat av tidigare prestationer och skyldigheten att överta personal. Detsamma sker även vid de koncessioner med lång löptid som tilldelas genom myndighetsbeslut. När det gäller tjänsteentreprenad är emellertid den centrala beståndsdelen enbart tilldelningen av ett kontrakt som avser en relativt kort period, och enligt min mening utgör ett obligatoriskt personalövertagande i det sammanhanget inte en del av företagarrisken.

40. Direktivets syfte är att trygga kontinuiteten i anställningsförhållanden inom ett företag vid ägarbyten.[13] Direktivet har antagits med stöd av artikel 100 i EG-fördraget (nu artikel 94 EG) och i det avseendet bör man inte underlåta att beakta marknads- och konkurrensmässiga överväganden. På en marknad som karaktäriseras av specialisering, avtal med kort löptid mellan uppdragsgivare och tjänstetillhandahållare samt en betydande personalomsättning, passar arbetstagarskyddet bättre in i den klassiska arbetsrätten än i det arbetarskydd som föreskrivs när det gäller företagsöverlåtelser.[14] Om den som tillhandahåller tjänster blir skyldig att alltför snabbt överta all personal kommer direktivets syfte inte att stå i rimlig proportion till principerna om avtals- och näringsfrihet.

Kriterierna för direktivets tillämpning och utvecklingen i domstolens rättspraxis

41. Även av domstolens rättspraxis framgår att man måste bedöma en transaktion med beaktande av det ekonomiska sammanhang i vilket den äger rum. Gemenskapslagstiftaren har sålunda inte givit någon definition av begreppen "överlåtelse", "företag", "lagenlig" eller "fusion", vilka anges i artikel 1.1 i direktivet. Av den anledningen ankommer det på domstolen

13 — Dom av den 18 mars 1986 i mål Spijkers (24/85, REG 1986, s. 1119), punkt 11. För fast rättspraxis, se den senaste domen, av den 25 januari 2001 i mål Liikenne (C-172/99, REG 2001, s. I-745), punkt 19.

14 — Den nationella arbetsrätten ger arbetstagaren skydd, om anställningsvillkoren ändras, på så sätt att denne inte kan sägas upp med omedelbar verkan eller utan anledning. I målet vid den nationella domstolen hade GMC redan i januari 1995 försökt att säga upp de fyra fackliga företrädarna av ekonomiska eller tekniska skäl, men enligt den hänskjutande domstolens dom avslogs denna begäran av en partssammansatt kommitté (se punkt 18 i detta förslag till avgörande).

att avgränsa dessa gemenskapsrättsliga begrepp. Domstolen har i en omfattande rättspraxis tolkat dessa grundläggande begrepp flexibelt och mot bakgrund av direktivets sociala syfte. Domstolen har inte utarbetat tydligt avgränsade definitioner, utan har i stället valt att fastställa kriterier som, alltefter omständigheterna i det enskilda fallet, skall tillämpas av den nationella domstolen.

42. Kriterierna för tillämpning av direktivet kan sammanfattas enligt följande. För det första skall överlåtelsen avse ett "företag", vilket definieras som en varaktigt organiserad ekonomisk enhet. [15] Företaget skall vara föremål för en "lagenlig" överlåtelse, och i detta avseende har domstolen preciserat att avtalsförhållandet skall medföra ett byte av den fysiska eller juridiska person som ansvarar för företagets drift och som därigenom tar på sig en arbetsgivares skyldigheter gentemot de anställda i företaget. [16]

43. Det *avgörande kriteriet* för att fastställa huruvida det föreligger en "överlåtelse" i direktivets mening är om företaget behåller sin identitet, vilket är fallet bland annat när driften faktiskt fortsätter eller återupptas med samma eller liknande ekonomiska verksamhet. [17] Detta kriterium har sedan lagfästs i artikel 1.1 b i direktiv 98/50.

44. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva huruvida detta villkor är uppfyllt i ett konkret fall, med beaktande av de tolkningsdata som domstolen fastställt. Enligt domstolen skall den nationella domstolen beakta *samtliga* faktiska omständigheter som karaktäriserar den ifrågavarande transaktionen, däribland vilken typ av företag eller verksamhet det är fråga om, huruvida materiella tillgångar såsom byggnader och lös egendom har överlåtits, värdet av de immateriella tillgångarna vid tiden för överlåtelsen, huruvida kundkretsen överlåts, graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen och i förekommande fall den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere. Det bör dock framhållas att alla dessa omständigheter endast utgör delar av den helhetsbedömning som skall göras och att de följaktligen inte skall bedömas isolerade. [18]

45. Eftersom det är den nationella domstolen som skall beakta alla faktiska omständigheter anser jag att det vid transaktioner som avser tjänsteentreprenad även skall tas hänsyn till de ifrågavarande tjänstemarknadernas natur och särdrag. Detta

15 — Dom av den 19 september 1995 i mål Rygaard (C-48/94, REG 1995, s. I-2745), punkt 20. Se domen i målet Liikenne (ovan fotnot 13), punkt 31.

16 — Dom av den 5 maj 1988 i mål Berg mot Besselsen (förenade målen 144/87 och 145/87, REG 1988, s. 2559), punkt 19.

17 — Fast rättspraxis sedan domen i målet Spijkers (ovan fotnot 13), punkt 11.

18 — Likaså fast rättspraxis sedan domen i målet Spijkers (ovan fotnot 13), punkt 13.

kan ske genom att man låter dessa särdrag ingå i tolkningen av begreppen "lagenlig" och "företag" i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet.

46. Domstolens rättspraxis avseende dessa begrepp har undergått en anmärkningsvärd utveckling.

47. Sålunda är villkoret att överlåtelsen skall vara "lagenlig" inte begränsat till situationer där det finns ett direkt avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren av ett företag. På grund av skillnader både mellan de språkliga versionerna och mellan de nationella lagstiftningarna måste man, för att bedöma begreppets innebörd, även beakta direktivets systematik och syfte. [19] Detta är anledningen till att domstolen har utsträckt begreppet "lagenlig" så långt att direktivet är tillämpligt i samtliga fall när det *som ett led i ett avtalsförhållande* sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för verksamhetens drift och som har en arbetsgivares skyldigheter gentemot de anställda i företaget. [20] Exempelvis är det utan betydelse om det har skett en överlåtelse av egendom [21] eller om det föreligger en gemensam partsvilja avseende överlåtelse av egendom. [22] Det förhållandet att ett arrendeavtal för drift av en restaurang sägs upp, varpå ett nytt arrendeavtal sluts för drift med en ny ekonomisk aktör utgör inte något hinder mot att direktivet tillämpas. Domstolen har ansett att i det i en sådan situation sker en övergång i två etapper genom en tredje man på så sätt att företaget i ett första skede återförs från den ursprungliga arrendatorn till ägaren, som i sin tur upplåter företaget till en ny arrendator. [23]

48. Domstolen har emellertid inte gått så långt som att medge att det inte föreligger någon som helst förbindelse mellan överlåtaren och förvärvaren. I domen i målet Redmond Stichting, där en myndighet (Groningens kommun) hade ändrat sin bidragspolitik och beslutat att upphöra med stöd till en stiftelse som ägnade sig åt att hjälpa missbrukare, för att sedan bevilja stöd till en annan stiftelse med samma ändamål, ansåg domstolen att direktivet kunde tillämpas och lade särskild vikt vid den omständigheten att den gamla och den

19 — Jämför även dom av den 7 februari 1985 i mål 135/83, Abels (REG 1985, s. 469; svensk specialutgåva, volym 8, s. 47), punkt 13.

20 — Se till exempel dom av den 7 mars 1996 i de förenade målen C-171/94 och C-172/94, Merckx och Neuhuys (REG 1996, s. I-1253), punkt 28.

21 — Se till exempel dom av den 17 december 1987 i mål 287/86, Ny Molle Kro (REG 1987, s. 5465; svensk specialutgåva, volym 9 s. 279).

22 — Direktivet kan vara tillämpligt då en utarrenderare övertar det utarrenderade företagets drift efter det att avtalet upplösts genom domstolsbeslut på grund av brist på uppfyllelse. Se dom av den 5 maj 1988 i mål Berg mot Besselsen (ovan fotnot 13), punkt 19.

23 — Dom av den 10 februari 1988 i mål 324/86, Tellerup, kallat "Daddy's Dance Hall" (REG 1988, s. 739, punkt 10; svensk specialutgåva, volym 9, s. 357). I domen i målet Liikenne ansågs direktivets tillämpning inte utesluten vid ett företags övertagande av driften av lokal linjetrafik med buss som tidigare hade bedrivits av ett annat företag, till följd av ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster i enlighet med rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139). Domstolen ansåg att det förelåg avtalsförhållanden i enlighet med teorin om överlåtelse "i två etapper", då två företag efter varandra, av en offentligrättslig juridisk person, tilldelats kontrakt avseende viss drift. Dom av den 25 januari 2001 (ovan fotnot 13), punkterna 28—30.

nya stiftelsen gemensamt hade avtalat om att patienter, bostäder, kunskap och resurser skulle överföras. [24] I ett annat mål hade ett återförsäljaravtal för bilar sagts upp och ett nytt återförsäljaravtal ingåtts med ett annat företag. Domstolen fastställde i denna dom att den omständigheten att den tidigare återförsäljarens huvudägare och den nye återförsäljaren hade ingått ett "avtal och garantiåtagande" som innehöll bestämmelser om ersättning för kostnader i samband med personalövertagandet, utgjorde en bekräftelse på att det förelåg en lagenlig överlåtelse enligt direktivet. [25]

49. I domen i målet Süzen ansåg domstolen att den omständigheten att det inte fanns något avtalsförhållande mellan de två företag som efter varandra hade erhållit uppdraget att utföra städning av skollokaler inte kunde ha någon avgörande betydelse för tillämpningen av direktivet. [26] Samtidigt fastställde domstolen emellertid återigen att det krävs att det som ett led i ett avtalsförhållande sker ett byte av den person som är ansvarig för verksamhetens drift. [27]

50. Att helt överge kravet att det skall finnas ett avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren skulle för övrigt vara *contra legem*. I direktivtexten hänvisas nämligen uttryckligen till avtalsförhållanden som är lagenliga eller som sker genom fusion.

51. Vid sidan av begreppet "lagenlig" har även begreppet "företag" i artikel 1.1 i direktivet genomgått en utveckling. Domstolen anser att direktivet kan tillämpas då överlåtelsen avser en varaktigt organiserad ekonomisk enhet, vars verksamhet inte är begränsad till att utföra ett visst arbete. Begreppet "enhet" avser en sådan organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas. [28] Det är endast när en sådan enhet behåller sin ekonomiska identitet som det kan anses att det har skett en överlåtelse. Enheten kan dock behålla sin identitet om exempelvis företagets driftställe flyttas till en annan kommun, överlåtaren upphör med all verksamhet efter överlåtelsen och en stor del av personalen sägs upp. [29]

52. En sådan extensiv tolkning var också central i domen i målet Süzen, där begreppet "ekonomisk enhet" bedömdes med bortseende från förekomsten av tillgångar. Domstolen fastställde att en ekonomisk enhet, inom vissa sektorer, kan fungera utan betydande materiella eller immateriella tillgångar, vilket logiskt sett innebär att frågan huruvida en sådan enhet bibehåller sin identitet efter den transaktion som den är föremål för inte kan vara beroende av att sådana tillgångar har överlåtits. Inom vissa sektorer där verksamheten huvudsakligen baserar sig på arbetskraft, såsom inom

24 — Dom av den 19 maj 1992 i mål C-29/91, Redmond Stichting (REG 1992, s. I-3189; svensk specialutgåva, volym 12, s. 87), punkt 27.

25 — Dom av den 7 mars 1996, i mål Merckx och Neuhuys (ovan fotnot 20), punkterna 30 och 31.

26 — Ovan fotnot 3, punkt 11.

27 — Ovan fotnot 3, punkt 12.

28 — Fast rättspraxis, se domen i målet Liikenne (ovan fotnot 13), punkt 31.

29 — Dom av den 7 mars 1996, i mål Merckx och Neuhuys (ovan fotnot 20), punkterna 20—26.

städsektorn, kan ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet utgöra en ekonomisk enhet. En sådan enhet kan behålla sin identitet efter det att den har överlåtits när den nye arbetsgivaren inte inskränker sig till att fortsätta verksamheten i fråga utan även övertar en huvuddel — i förhållande till antal och kompetens — av personalstyrkan som hans föregångare särskilt hade avdelat för denna uppgift. I sådant fall förvärvar den nye arbetsgivaren nämligen en organisation av tillgångar som gör det möjligt för honom att varaktigt fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet. [30]

53. Detta resonemang drar gränsen för vad domstolen har ansett tillåtet för att direktivet skall kunna tillämpas. I andra domar har domstolen inte gått lika långt. Grävning av gruvtunnlar [31] och drift av busslinjetrafik [32] anses inte som verksamheter som i huvudsak baserar sig på arbetskraft. I domen i målet Rygaard fastslog domstolen klart att övertagande av en entreprenad — med byggherrens godkännande — i syfte att färdigställa denna med två lärlingar och en anställd samt tillhörande material, med vilka det överlåtande företaget hade påbörjat entreprenaden, inte utgör en överlåtelse i direktivets mening. I det målet hade företag A tackat ja till en entreprenad som bestod i att utföra snickeriarbeten åt företag B. Företag A lät sedan, med företag B:s godkännande, företag C färdigställa en del av entreprenaden. Enligt domstolen hade det i detta fall inte skett någon överlåtelse mellan företagen A och C, eftersom övertagandet av entreprenaden inte åtföljdes av en överlåtelse av en organisation av tillgångar som gjorde det möjligt att varaktigt fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet. [33]

54. I domen i målet Süzen fastställde domstolen tydligt att den omständigheten att den gamla och den nya entreprenören tillhandahåller tjänster av samma slag, inte i sig kan leda till slutsatsen att det rör sig om en överlåtelse av en ekonomisk enhet. En enhet kan nämligen inte reduceras till att innebära den verksamhet som den bedriver. Dess identitet följer även av andra omständigheter såsom dess personal, arbetsledning, arbetsorganisation, driftsmetoder och, i förekommande fall, det driftkapital som den förfogar över. Förlusten av en tjänsteentreprenad till en konkurrent kan följaktligen inte i sig anses visa att det rör sig om en överlåtelse i den mening som avses i direktivet. [34]

55. Denna rättspraxis angående föremålet för överlåtelsen, i den mening som avses i artikel 1.1. i direktivet, visar att domstolen har gjort en extensiv tolkning när det gäller frågan huruvida en ekonomisk enhet bibehåller sin identitet. Identiteten måste likväl uppvisa en viss grad av organisation och varaktighet och den kan inte enbart bestå i att fullgöra en entreprenad för en enda kund.

30 — Domen i målet Süzen, punkterna 18 och 21, och målet Hernández Vidal m.fl., punkt 27 (ovan fotnot 3). I domen i målet Hidalgo m.fl., som meddelades samma dag som domen i målet Hernández Vidal m.fl., fastställde domstolen även att bevakningssektorn är en sådan ekonomisk sektor där tillgångarna ofta är minimala och verksamheten i huvudsak baserad på arbetskraft (dom i de förenade målen C-173/96 och C-247/96, REG 1998, s. I-8237, punkt 26).

31 — Dom av den 2 december 1999, Allen m.fl. (C-234/98, REG 1999, s. I-8643), punkt 30.

32 — Domen i målet Liikenne (ovan fotnot 13), punkt 39.

33 — Dom av den 19 september 1995 i mål Rygaard (C-48/94, REG 1995, s. I-2745), punkt 21.

34 — Domen i målet Süzen (ovan fotnot 3), punkterna 15 och 16.

Tillämpning av kriterierna på målet vid den nationella domstolen

56. Jag skall nu återgå till att behandla det förevarande målet. Den hänskjutande domstolen har framhållit vissa särskilda omständigheter. Volkswagen hade i ett första skede anlitat BMV för att utföra städningen.Detta bolag lade därefter ut arbetet på underentreprenad till GMC. Det fanns således inte något direkt avtalsförhållande mellan GMC och Volkswagen och, *a fortiori*, inte heller mellan GMC och den nya entreprenören Temco. Dessutom överfördes inga tillgångar, av vilket slag det än må vara, från GMC till Temco. En del av personalen övertogs förvisso av Temco, men det övertagandet inträffade då arbetstagarna, med undantag för de fyra fackliga företrädarna, redan hade sagts upp av GMC. Övertagandet av personal var ett agerande i enlighet med de skyldigheter som ålåg Temco enligt ett kollektivavtal. Den hänskjutande domstolen har för övrigt uppgett att GMC fortsatte att existera även efter det att BMV miste avtalet med Volkswagen. [35]

57. Eftersom det är fråga om städverksamhet skulle det vara i enlighet med den rättspraxis som fastställts i domen i målet Süzen att endast undersöka huruvida Temco fortsatte den verksamhet som BMV-GMC hade utövat hos Volkswagen och övertog huvuddelen av den personal som GMC hade avdelat för det aktuella städarbetet. Såsom jag anfört ovan, anser jag att en sådan undersökning är alltför begränsad. Enligt ovannämnda rättspraxis bör de faktiska omständigheterna som kännetecknar den transaktion som det är fråga om bedömas med beaktande även av företagets natur [36] samt av den ekonomiska verksamhet som bedrivs. [37] Jag föreslår att domstolen i detta avseende använder ett mer omfattande kriterium, genom att vid prövningen även beakta de ekonomiska förhållanden under vilka transaktionen har ägt rum.

58. I detta avseende förefaller det svårt att på grundval av uppgifterna från den hänskjutande domstolen och med beaktande av det ekonomiska sammanhanget dra slutsatsen att städföretagets *identitet* skulle ha överförts till den nya entreprenören som ett led i ett *avtalsförhållande*. Härav kan man endast sluta sig till att Temco övertog en del av GMC:s personal för att fullgöra det avtal som det slutit med Volkswagen.

59. Till att börja med står det klart att den omständigheten att Volkswagen ingick ett avtal avseende industristädning med en ny entreprenör utgör inte en överlåtelse i bolagsrättslig mening. Det rör sig nämligen bara om ett avtal om fullgörande av viss ekonomisk verksamhet. Mot bakgrund av

35 — De faktiska omständigheter som den hänskjutande domstolen har redovisat har till en del bestritts av parterna och till en annan del kompletterats av dem. Sålunda har det gjorts gällande att BMV och GMC de facto är samma företag. GMC är endast ett tomt bolag utan avsikt att utöva verksamhet och vars existens endast kan förklaras av de pågående juridiska processerna. Det har vidare framförts tvivel om att kollektivavtalet av den 5 maj 1993 var det enda skälet till att Temco övertog de 42 arbetstagarna från GMC. Utan GMC:s specialiserade personal skulle Temco inte ha kunnat fullgöra det avtal som slutits med Volkswagen. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att undersöka dessa påståenden. I mitt förslag till avgörande håller jag mig i så stor utsträckning som möjligt till den information som den hänskjutande domstolen bifogat i skälen i begäran om förhandsavgörande.

36 — Domen i målet Spijkers (ovan fotnot 13), se punkt 44 i detta förslag till avgörande.

37 — Domen i målet Süzen (ovan fotnot 3), se punkt 52 i detta förslag till avgörande.

den ovannämnda punkten i domen i målet Süzen [38], utgör den omständigheten att BMV förlorade städuppdraget hos Volkswagen till förmån för Temco inte en företagsöverlåtelse i direktivets mening.

60. I själva verket kan man, enligt min mening, logiskt sett inte tala om "överlåtelse av företag... genom lagenlig överlåtelse eller fusion", när det gäller tjänsteentreprenad, endast på grund av att den nya entreprenören övertar (huvuddelen av) personalen från den tidigare entreprenören. I detta avseende gör det ingen skillnad om övertagandet av personal sker frivilligt, exempelvis därför att den nya entreprenören är i behov av personalens kunskaper för att utföra tjänsterna, eller ofrivilligt, exempelvis därför att det föreligger en skyldighet enligt ett kollektivavtal att göra det.

61. Vad gäller kravet att det skall föreligga ett avtalsförhållande kan det konstateras att det inte finns någon reell förbindelse mellan BMV-GMC och Temco, förutom att de efterträdde varandra i egenskap av tjänsteleverantör till Volkswagen [39]. Temco övertog en del av personalen *efter* det att GMC redan hade sagt upp sin personalstyrka i enlighet med gällande bestämmelser. GMC förklarade också, när det ansökte om tillstånd att säga upp de 76 arbetstagarna, att det ännu inte kände till den nya entreprenörens identitet. Av den hänskjutande domstolens redovisning av de faktiska omständigheterna i målet framgår att den kollektiva uppsägningen beviljades av Office régional bruxellois de l'emploi den 30 november 1994, medan Volkswagen ingick avtalet med Temco i december 1994. Inget tyder på att GMC, BMV och Temco skulle ha ägnat sig åt skentransaktioner för att till exempel undgå tillämpning av direktivet. Jag anser därför att det inte kan anses föreligga något avtalsförhållande, inte ens ett indirekt sådant. Även resonemanget om överlåtelse i "två etapper" som domstolen har tillämpat i sin rättspraxis och som inte förutsätter något direkt avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren, grundar sig på att det finns en viss förbindelse och att det sker en viss förmedling av ett "mellanliggande" företag. [40] Det har emellertid inte framkommit att Volkswagen, såsom uppdragsgivare, skulle ha blandat sig i relationen mellan den förra och den nuvarande entreprenören.

62. Därtill kommer att företaget inte bibehåller sin identitet. I förevarande fall grundar sig inte identiteten på att företaget fortsätter att bedriva en identisk verksamhet, nämligen industristädning, eftersom denna fortsättning, när det gäller tjänsteentreprenad, är en naturlig följd av bytet av uppdragstagare.

63. Enligt min mening bibehåller en sådan enhet inte heller sin identitet när den nya ägaren inte inskränker sig till att fortsätta verksamheten i fråga, utan även övertar en

38 — Se punkt 54 i detta förslag till avgörande.

39 — Det har visserligen förekommit kontakter mellan den nuvarande och den förra tillhandahållaren av tjänster. Handlingarna i målet innehåller bland annat en kopia av ett brev från Volkswagen till bolaget Weisspunkt, vars tillgångar och skulder BMV hade övertagit. Brevet är daterat den 14 december 1994 och i brevet informeras Weisspunkt om att Euroclean, som ingår i Temcokoncernen, skulle överta industristädningen hos Volkswagen. För övrigt framgår av handlingarna i målet att det har skett en skriftväxling mellan GMC och Temco angående sådan information som avses i artikel 3 i kollektivavtalet av den 5 maj 1993.

40 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten La Pergolas förslag till avgörande i målet Süzen (ovan fotnot 3), punkt 7.

huvuddel — i förhållande till antal och kompetens — av personalstyrkan som hans föregångare särskilt hade avdelat för denna uppgift. [41] Eftersom de arbetstagare som GMC sade upp uppenbarligen hade särskilda kunskaper om verksamheten hos Volkswagen [42] är det ur ett marknadsperspektiv en helt befogad utveckling att Temco erbjöd en del av den uppsagda personalen arbete. Att den nya entreprenören på en dynamisk marknad övertar huvuddelen av personalstyrkan, har i mina ögon inget samband med ett företags identitet och detta förhållande kan inte heller vara relevant. I detta fall erhåller den nya ägaren inte någon organisation av tillgångar som gör det möjligt att varaktigt fortsätta det överlåtande företagets verksamhet eller viss del av denna verksamhet. [43] Även om personalen utgör den viktigaste faktorn i den verksamhet som bedrivs kan företagets identitet inte anses bero enbart på den övertagna personalens antal och kompetens. Identiteten måste avgöras med hänsynstagande även till andra personalfaktorer såsom ledarskap, organisationsstruktur, arbetsfördelning, utbildning och löne- och befordringssystem. När en del av personalen vid tjänsteentreprenad övertas genom entreprenadbyte för att genomföra ett specifikt avtal, kan det med hänsyn till att detta avtal per definition är av tillfällig karaktär inte heller anses att verksamheten fortsätts att bedrivas på ett varaktigt sätt.

64. Av dessa skäl anser jag alltså att direktivet inte är tillämpligt i det nu aktuella fallet. Kravet att företaget som ett led i ett avtalsförhållande behåller sin identitet är inte uppfyllt.

65. Jag anser också att detta är en välgrundad slutsats.

66. För det första skulle ett annat synsätt leda till det paradoxala resultatet att direktivet, vilket syftar till att skydda *alla* arbetstagare vid företagsöverlåtelse, vore tillämpligt, när det gäller tjänteentreprenad, redan om *en del* av arbetstagarna övertas för att utföra en del av samma arbete. Detta skulle vara än mindre begripligt om den nya entreprenören inte övertog personalen frivilligt utan på grund av en skyldighet enligt ett kollektivavtal. I det fallet styrs nämligen företagsöverlåtelsen av kollektivavtalet.

67. För det andra är det svårt att förklara varför, när en tjänstetillhandahållare förlorar ett uppdrag av ekonomiska skäl därför att ett annat företag erbjuder bättre villkor, den nya tjänstetillhandahållaren skulle vara skyldig att fullt ut behålla personalen från det företag som har förlorat uppdraget på grund av att personalen råkar utgöra den viktigaste faktorn i den ekonomiska verksamheten. Det skulle vara en anmärkningsvärd konsekvens om till exempel restauratören i en företagsmatsal byts ut på grund av att personalens service varit undermålig och den nya entreprenören skulle vara tvungen att arbeta med den

41 — Domen i målet Süzen (ovan fotnot 3), punkt 21.

42 — Såsom Abdesselam Afia-Aroussis och Khalil Lakhdars ombud anförde vid förhandlingen.

43 — Domen i målet Rygaard (ovan fotnot 33), punkt 21.

personal som uppdragsgivaren var missnöjd med. Det skulle ur marknadssynpunkt vara oansvarigt att göra en alltför vidsträckt tolkning och en sådan tolkning skulle kunna få långtgående och oförutsebara konsekvenser i en dynamisk ekonomisk verklighet. Om man fortsätter att utsträcka kriterierna för direktivets tillämpning kommer detta oundvikligen att medföra godtycke och rättsosäkerhet på dessa marknader.

68. För det tredje syftar direktivet till att skydda den "befintliga" personalen, men som jag nämnt ovan innebär tjänsteentreprenad enligt min mening huvudsakligen att kontrakt med kort löptid byter innehavare och inte ett kostsamt övertagande av ett företag och dess personal. I det aktuella fallet kan ett fullständigt övertagande av personalen, där arbetstagarna behåller de rättigheter som följer av deras anställningsavtal med GMC, medföra att Temcos arbetstagare diskrimineras. Det kan inte uteslutas att Temco har mer motiverad och bättre kvalificerad personal som på grund av direktivets tillämpning skulle utestängas från att arbeta hos Volkswagen. För Temco var Volkswagen endast en uppdragsgivare bland flera andra. Temco fråntas dessutom möjligheten att söka efter annan personal på arbetsmarknaden. Skyddet av de befintliga arbetstagarna i företaget medför således obestridligen att de arbetstagare som inträder på arbetsmarknaden missgynnas.

B — *Direktivets skyddsområde*

69. Om domstolen i det aktuella fallet finner att det inte föreligger någon företagsöverlåtelse, finns det ingen anledning att besvara den andra frågan. För det fall domstolen skulle göra en annan bedömning skall jag kortfattat behandla denna fråga.

70. Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i huruvida direktivet utgör ett hinder mot att GMC, för det fall det skall betraktas som överlåtande företag, behåller vissa arbetstagare i sin tjänst. I målet vid den nationella domstolen föreligger den svårigheten att GMC, på grund av den nationella lagstiftningen om skydd mot uppsägning, inte tillläts att säga upp de fyra fackliga företrädarna. Av detta skäl hade det kanske varit omöjligt eller svårare för dessa fyra arbetstagare att utöva sina rättigheter enligt direktivet. I realiteten leder detta till frågan huruvida de fyra arbetstagarna gentemot Temco kan åberopa det skydd som föreskrivs i artikel 3.1 i direktivet, om de på grund av skyddet mot uppsägning inte har avsagt sig ett anställningsförhållande med GMC och inte heller har sagts upp av överlåtaren.

71. Det är därför nödvändigt att undersöka vilken betydelse den ifrågavarande nationella lagstiftningen — betraktad i förhållande till de berörda arbetstagarnas agerande — har för tolkningen av direktivet.

72. Direktivet syftar till att skydda arbetstagarnas rättigheter vid byte av arbetsgivare och göra det möjligt för dem att

fortsätta sin anställning hos den nya arbetsgivaren på samma villkor som hos överlåtaren. Enligt domstolen skall direktivets bestämmelser anses vara tvingande på så sätt att det inte är tillåtet att avvika från dem till nackdel för arbetstagarna. Således kan övergången av anställningsavtal inte bero på överlåtarens eller förvärvarens vilja. [44] Dessa har inte heller möjlighet att gemensamt bestämma från vilken tidpunkt förvärvaren skall ansvara för de skyldigheter som följer av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande, eftersom dessa skyldigheter fullt ut övergår på förvärvaren vid tidpunkten för överlåtelsen. [45]

73. Härav följer att GMC, såsom överlåtare, inte kan åsidosätta de ifrågavarande arbetstagarnas rättigheter genom att behålla dem i sin tjänst. Den omständigheten att GMC skulle vara skyldig att göra detta enligt den nationella lagstiftningen är enligt min mening inte avgörande. Om direktivet är tillämpligt kan den nationella lagstiftningen nämligen inte tolkas till nackdel för dessa arbetstagare. En sådan tolkning strider mot den rättspraxis som nämnts ovan och mot direktivets ändamålsenliga verkan.

74. Den tvingande karaktären av artikel 3.1 i direktivet begränsas emellertid av arbetstagarens rätt att fritt välja sitt arbete. Domstolen har uttalat att det skydd som tillförsäkras genom direktivet saknar föremål då den berörde av egen fri vilja beslutar att inte fortsätta anställningsförhållandet med den nye arbetsgivaren efter överlåtelsen. [46] I sådant fall ankommer det på medlemsstaterna att fastställa hur anställningsavtalet eller anställningsförhållandet skall tolkas. De kan i den nationella rätten föreskriva exempelvis att anställningsavtalet skall kvarstå med överlåtaren. [47]

75. I målet vid den nationella domstolen råder delade meningar i frågan om de fyra fackliga företrädarna frivilligt avstått från att övergå till Temco. Cour du travail har i beslutet om hänskjutande angett att ingen av de fyra fackliga företrädarna har påstått att de övergick i tjänst hos Temco innan de sades upp av GMC i december 1995. Eftersom de ansåg sig åtnjuta ett särskilt skydd mot uppsägning visade de genom sitt agerande att de alltjämt tillhörde GMC:s personal.

76. Detta konstaterande har emellertid bestritts av GMC-BMV och de fyra fackliga företrädarna. De har gjort gällande att under perioden från den 9 januari till den 11 december 1995 förekom de fyra visserligen alltjämt på lönelistan och uppbar en del av sin lön från GMC, utan att för den skull arbeta, men detta berodde på Temcos vägran att överta dem. Dessa arbetstagare har således inte frivilligt avstått från att övergå till Temco.

44 — Se dom av den 14 november 1996 i mål C-305/94, Rotsart de Hertaing (REG 1996, s. I-5927), punkterna 16—20.

45 — Domen i målet Rotsart de Hertaing (ovan fotnot 44), punkt 24.

46 — Dom av den 11 juli 1985 i mål 105/84, Danmols Inventar (REG 1985, s. 2639).

47 — Dom av den 16 december 1992 i de förenade målen C-132/91, C-138/91 och C-139/91, Katsikas m.fl. (REG 1992, s. I-6577, svensk specialutgåva, volym 13, s. 213), punkterna 35 och 36.

77. Det är inte möjligt att med ledning av de yttranden som givits in och de förklaringar som parterna lämnade vid förhandlingen klart fastställa huruvida de fyra fackliga företrädarna genom sitt agerande frivilligt har avstått från sina förmodade rättigheter enligt direktivet. Av den anledningen ankommer det på den nationella domstolen att slutgiltigt avgöra den frågan mot bakgrund av de faktiska omständigheterna. I detta avseende skall den nationella domstolen ta hänsyn till att de fackliga företrädarna enligt den nationella lagstiftningen åtnjöt ett särskilt rättsligt skydd, vilket kan förklara att de visade viss tveksamhet inför att övergå till Temco. Eftersom skyldigheterna fullt ut övergår på förvärvaren genom själva överlåtelsen anser jag att den nationella domstolen bör grunda sin bedömning på de ifrågavarande arbetstagarnas agerande vid tidpunkten för överlåtelsen, det vill säga omkring den 9 januari 1995. Rättssäkerhetsprincipen i förhållande till överlåtaren och förvärvaren kräver också detta.

VI — Förslag till avgörande

78. Av dessa skäl föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Cour du travail de Bruxelles ställt på följande sätt:

1) Artikel 1.1 i rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarnas rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller del av verksamheter, är inte tillämplig i följande fall: Företaget A lägger ut städningen av sina industrianläggningar på entreprenad till företaget B, som i sin tur lägger ut arbetet på underentreprenad till företaget C. Företaget B mister entreprenaden, varvid företaget C säger upp all sin personal med undantag av fyra arbetstagare. Företaget A lägger därefter ut entreprenaden på företaget D, som med tillämpning av ett kollektivavtal anställer en del av företaget C:s personal utan att för den skull överta några tillgångar från företaget C, vilket fortsätter att existera och bedriva sin ekonomiska verksamhet.

2) Det är inte nödvändigt att besvara den andra frågan.