FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA
fremsat den 15. oktober 1996 *

I — Indledning

1. Med de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt i nærværende sag, anmodes 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 [1] (herefter »direktivet«), og mere præcist at tage stilling til, om opsigelsen af en rengøringsaftale, der er indgået med én virksomhed, og overdragelse af rengøringen til en anden virksomhed, i henhold til direktivet må anses for en »overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter« som følge af »overdragelse«.

II — Faktiske omstændigheder

2. Sagsøgeren, Ayse Süzen, blev i april 1987 ansat hos sagsøgte som leder af rengøringsarbejdet på Aloisiuskolleg GmbH, som er et kirkeligt drevet gymnasium i Bad Godesberg (Bonn). Sagsøgte havde indgået aftale med Aloisiuskolleg om udførelse af rengøringen på gymnasiet.

Ved skrivelse af 15. februar 1994 meddelte sagsøgte sagsøgeren, at rengøringsaftalen sandsynligvis ville ophøre den 30. juni 1994, og at selskabet derfor var nødsaget til ex tuto at bringe sagsøgerens ansættelsesforhold til ophør med lovmæssigt opsigelsesvarsel med fratræden den 30. juni 1994. Selskabet tilbød i skrivelsen sagsøgte, at såfremt selskabet igen skulle få overdraget rengøringen, kunne hendes ansættelsesforhold fortsætte.

Sagsøgtes kontraktforhold med Aloisiuskolleg ophørte faktisk den 30. juni 1994. Aloisiuskolleg overdrog med virkning fra den 1. august 1994 rengøringsaftalen til Lefarth GmbH, der er indtrådt i hovedsagen til støtte for sagsøgte. Sagsøgeren anlagde herefter sag mod sagsøgte ved den forelæggende ret med påstand om, at det fastslås, at opsigelsen er ugyldig, fordi de lovbestemte frister ikke er overholdt.

* Originalsprog: italiensk.

1 — EFT L 61, s. 26.

3. Med henblik på at kunne træffe afgørelse om, hvorvidt opsigelsen af sagsøgeren er lovlig, finder den forelæggende ret for det første at måtte tage stilling til, om der ved opsigelsen over for sagsøgte af den omhandlede rengøringsaftale og den efterfølgende overdragelse af aftalen til intervenienten kan være tale om en overførsel af en bedrift eller en del af en bedrift i henhold til direktivet. Hvis det er tilfældet, fortsætter sagsøgerens ansættelsesforhold uden videre i det selskab, der er intervenient i hovedsagen. Retten har derfor besluttet at forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Finder direktiv 77/187/EØF henset til EF-Domstolens domme af 14. april 1994, sag C-392/92, Schmidt (Sml. I, s. 1311), og af 19. maj 1992, sag C-29/91, Redmond Stichting (Sml. I, s. 3189), også anvendelse, når en virksomhed over for en udenforstående virksomhed bringer et kontraktforhold til ophør med henblik på at overdrage kontrakten til en anden udenforstående virksomhed?

2) Er der i den i spørgsmål 1) beskrevne situation tale om en overdragelse i henhold til direktivet, selv om der ikke overdrages materielle eller immaterielle driftsmidler?«

III — De relevante fællesskabsbestemmelser

Det anføres i direktivets artikel 1, stk. 1:

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

I direktivets artikel 4, stk. 1, første afsnit, bestemmes:

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

IV — Gennemgang af sagen

4. De spørgsmål, den forelæggende ret rejser, indebærer, at Domstolen skal vælge mellem to teoretisk mulige alternativer. Som jeg nærmere skal redegøre for senere, kan man for det første forestille sig, at Domstolens praksis skal forstås således, at de forhold, der ligger til grund for nærværende sag, udgør en virksomhedsoverførsel. Sagen vil i så fald være omfattet af direktivets anvendelsesområde. For det andet giver denne sag os anledning til at overveje de kriterier, der er opstillet i dommene på dette område. Begrebet virksomhedsoverførsel i direktivet må præciseres nærmere. Det er klart, at den, der fortolker fællesskabsretten, skal fastlægge dette begreb i overensstemmelse med direktivets systematik og navnlig den bestemmelse, der er fastsat med henblik på at beskytte arbejdstagerne, således at det undgås, at overførslen i sig selv kan give overdrageren eller erhververen en begrundelse for at foretage afskedigelser. Overførsel af en virksomhed eller en bedrift sker ved en aftale, hvis typiske indhold ikke er udtrykkeligt fastlagt, men er forudsat af fællesskabslovgiver. Domstolen har ved flere lejligheder understreget, at for så vidt angår begrebet virksomhedsoverførsel i direktivet »kan den omtvistede bestemmelses rækkevidde ikke bedømmes alene på grundlag af dens ordlyd, når henses til ... forskellene mellem de nationale lovgivninger med hensyn til begrebet overdragelse« [2]. Det forhold, at begrebet virksomhedsoverførsel fortolkes forskelligt i de nationale retsordener, og at der ikke i fællesskabsretten henvises til en bestemt retsorden med henblik på fastlæggelsen af begrebet, udelukker imidlertid ikke efter min opfattelse, at begrebet i direktivet altid er blevet anvendt i en bestemt teknisk betydning. Situationen er i øvrigt ikke forskellig med hensyn til det andet begreb, der i direktivbestemmelsen anvendes ved siden af overdragelse, nemlig fusion. Det er således opgaven for den, der fortolker direktivet, i hvert fald at fastlægge den væsentlige og uomtvistelige del af begrebet virksomhedsoverførsel ved overdragelse. Der er tale om et spørgsmål, der først må afklares, og på grundlag heraf vil sagen efter min opfattelse kunne afgøres.

5. Ved en gennemgang af Domstolens praksis kan det konstateres, at Domstolen har ønsket at fortolke begrebet overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift på en ikke-formalistisk måde, således at man undgår en definition, der bygger på firkantede kriterier. Man kan snarere konstatere en tendens til at afprøve det omhandlede begreb og fastlægge det progressivt på grundlag af de særlige omstændigheder i den enkelte sag. Ved denne fortolkningsvirksomhed vil Domstolen sikre det bredest mulige vurderingsgrundlag i hver enkelt sag uden derved at se bort fra de forhold, der har betydning for den optimale vurdering af den aftale, hvorved overførslen gennemføres. Det må i denne forbindelse bemærkes, at denne aftale i de fleste tilfælde er en kompleks aftale. I mange tilfælde har Domstolen kun angivet de kriterier, som den nationale domstol skulle anvende med henblik på at henføre den enkelte sag til den ene eller den anden af de situationer, som efter fællesskabsretten er relevante. Ud fra samme synsvinkel overlader Domstolen det til den forelæggende ret, der er *dominus litis* i den præjudicielle sag, at foretage denne vurdering i erkendelse af, at det er den nationale domstol, der har kendskab til de faktiske omstændigheder, som er afgørende ved den nøjagtige bedømmelse af det underliggende kontraktforhold.

2 — Dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469, og af 19.5.1992, sag C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189.

Disse kriterier fremgår navnlig af Spijkers-dommen [3], hvorefter der skal tages hensyn til »alle de faktiske omstændigheder omkring overførslen«. Samme synspunkt er blevet fulgt fast i senere retspraksis [4].

6. Endvidere fremgår det af Domstolens praksis [5], at når en sekundær servicefunktion i en virksomhed overdrages til en anden virksomhed, får den derigennem en selvstændig økonomisk og funktionel karakter, og servicefunktionen falder på den måde ind under den kategori, der efter direktivet er afgørende. I Schmidt-dommen [6], hvortil den forelæggende ret i øvrigt udtrykkeligt har henvist i de præjudicielle spørgsmål, går man endog så langt, at man også anser en aktivitet, der kun udøves af en enkelt arbejdstager, for at falde ind under denne kategori.

Et andet forhold i Domstolens domme på dette område er, at karakteren af den overdragelse, hvorved overførslen gennemføres, er uden betydning. Domstolen har således fastslået, at det er uden betydning, om overførslen af en virksomhed eller en del af en virksomhed sker direkte mellem to enheder — overdrageren og erhververen — eller om overgangen fra én ansvarlig til en anden, hvilket kan ske ved forskellige former for aftalemekanismer, kun sker indirekte, således at der er tale om en tresidet aftale. Dommene i sagerne Daddy's Dance Hall [7], Bork m.fl. [8], Redmond Stichting [9] og Merckx og Neuhuys [10] er eksempler på denne vide fortolkning.

7. Som nævnt vil vi kunne anvende de kriterier, Domstolen tidligere har fastlagt, navnlig i Schmidt-dommen, med henblik på at løse den foreliggende sag på samme måde som de tidligere afgjorte sager således, at den falder inden for direktivets anvendelsesområde. Det ville være en let løsning. Men det er imidlertid min opfattelse, at denne løsning af flere grunde ikke er rigtig. At overlade udførelsen af tjenester (af en hvilken som helst art), som er nødvendige for virksomheden, til en anden enhed er i en markedsøkonomi en beslutning, som sikrer konkurrencen mellem flere kandidater. Jeg kan endvidere ikke se, hvorledes det kan begrundes, at den virksomhed, der får overdraget opgaven, skulle være forpligtet til også at beholde personalet i den virksomhed, som tidligere udførte opgaven, men som ordregiveren ikke længere ønsker, eller som ikke er blevet valgt i forbindelse med en gennemført licitation.

Bortset herfra er der i den foreliggende sag ikke nogen forbindelse mellem de to virksomheder, der successivt har udført tjene-

3 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Sml. s. 1119, præmis 13.

4 — Redmond Stichting-dommen og dom af 12.11.1992, sag C-209/91, Watson Rask og Christensen, Sml. I, s. 5755.

5 — Watson Rask og Christensen-dommen.

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

7 — Dom af 10.2.1988, sag 324/86, Sml. s. 739.

8 — Dom af 15.6.1988, sag 101/87, Sml. s. 3057.

9 — Nævnt ovenfor i note 2.

10 — Dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Sml. I, s. 1253.

sten. Det eneste punkt, der kan anses for sammenfaldende, er netop, at tjenesten præsteres over for den samme enhed [11]. Efter min opfattelse er dette imidlertid ikke tilstrækkeligt til, at nærværende sag kan sidestilles med de sager, Domstolen tidligere har afgjort i Daddy's Dance Hall-, Schmidt- og Merckx og Neuhuys-dommene. Det bemærkes herved — således som sagsøgte i nærværende sag i øvrigt har anført — at i de sager, Domstolen tidligere har afgjort, var der altid en forbindelse med en enhed, som de virksomheder, mellem hvilke der antoges at være sket en overdragelse, faktisk var afhængige af. Det var f.eks. også tilfældet i Redmond Stichting-sagen: To fonde oppebar deres økonomiske midler fra staten (eller mere korrekt Groningen kommune), som således var herre over deres fortsatte bestående, og som fondene derfor var afhængige af. Det kunne derfor — om end implicit — udledes, at overdragelsen i dette tilfælde var sket på grund af interessesammenfaldet og viljesoverensstemmelsen, i dette tilfælde hos staten, hvorfra fondene oppebar de fornødne midler. De to fonde samarbejdede indbyrdes som led i deres fælles afhængighed af myndighederne, og de havde faktisk indgået en aftale om overdragelse af knowhow og midler.

Det er dette viljeselement, som karakteriserer overførsel af en virksomhed eller en del af en virksomhed, uanset om det sker i form af en aftale, som det er tilfældet ved overdragelse, eller i form af en fusion, og det er åbenbart, at det ikke foreligger i nærværende sag.

8. Der er et yderligere element i den foreliggende sag vedrørende den forelæggende rets andet spørgsmål, som må undersøges nærmere, nemlig det element, som netop vedrører begrebet overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift. Som nævnt fortolker Domstolen dette begreb bredt og finder endvidere, at det i hvert enkelt tilfælde må fastlægges, om der er tale om en overdragelse. Det er en indfaldsvinkel, som muliggør en kærkommen fleksibilitet i anvendelsen af kriterierne i forhold til de forskellige situationer, der kan forekomme i Fællesskabets økonomi. Fordelen ved denne løsning ændrer imidlertid ikke ved, at man som anført altid skal fastlægge det *væsentlige* indhold i virksomhedsoverførslen. Det må fastlægges, hvilken betingelse der nødvendigvis må være opfyldt for, at direktivet finder anvendelse. Efter min opfattelse er der ikke med det kriterium, Domstolen valgte i Spijkers-dommen, opstillet en klar sondring mellem de tilfælde, hvor virksomheder eller bedrifter overføres, og de tilfælde, hvor de afgørende elementer ikke er til stede.

9. Jeg mener derfor, at det nærmere må fastlægges, hvad der forstås ved virksomhedsoverførsel, og at begrebet må stilles over for situationer, der ikke er omfattet af direktivet. Nærværende sag viser i øvrigt klart, at det er nødvendigt præcist at afgrænse det her omtalte begreb. Opsigelsen af en aftale om udførelse af et arbejde, der er indgået med én virksomhed, og den efterfølgende overdragelse af arbejdet til en anden virksomhed

11 — Jeg henviser i denne forbindelse til den løsning, Domstolen valgte i dom af 19.9.1995, sag C-48/94, Rygaard, Sml. I, s. 2745. Denne sag havde store lighedspunkter med den foreliggende.

som i det foreliggende tilfælde er én ting. Virksomhedsoverførsel er noget andet.

I forbindelse med denne sidste aftalemæssige situation må der — jeg er på dette punkt enig med de argumenter, der er fremført af Det Forenede Kongeriges regering og den franske og den tyske regering samt af sagsøgte i hovedsagen — som minimum være tale om, at der *faktisk* overføres materielle eller immaterielle aktiver, og det må naturligvis ske på det *frivillige* grundlag, som der må være mellem overdrageren og erhververen. Et andet kriterium, som f.eks., at den virksomhed, som tidligere er udøvet af en anden virksomhed, videreføres, uden at der i den forbindelse overføres aktiver eller rettigheder, er ikke tilstrækkeligt til, at det ene tilfælde kan adskilles fra det andet [12]. Det modsatte er derimod rigtigt: Overdragelsen fra et subjekt til et andet af materielle eller immaterielle aktiver samtidig med, at den omhandlede aktivitet videreføres, kan i sig selv være den afgørende omstændighed, der medfører, at betingelserne for anvendelse af direktivet er opfyldt.

Den konklusion, jeg hermed er nået frem til, ændres efter min opfattelse ikke af, at de virksomheder, der udøver de her omhandlede tjenester, er karakteriseret ved en meget begrænset mængde anlægsaktiver. Overdragelsen af rettigheder og aktiver, som er med til at forme og identificere virksomheden, sker også i forbindelse med overførsel af en virksomhed eller en bedrift inden for tjenesteydelsessektoren, også selv om det kun er i mindre omfang.

10. Jeg vil gerne tilføje en sidste bemærkning vedrørende spørgsmålet om overtagelse af personale. Formålet med direktivet er uden tvivl at sikre, at arbejdspladserne sikres i de tilfælde, det omfatter. Det forhold, at den overvejende del af de arbejdstagere, der udfører en bestemt aktivitet, tidligere har været beskæftiget med udførelsen af tilsvarende opgaver hos en anden virksomhed, er efter min opfattelse ikke det afgørende kriterium — »the controlling test« — for, at den pågældende aktivitet har de kendetegn vedrørende organisatorisk selvstændighed, som er karakteristiske for begrebet virksomhed, bedrift eller en del af en bedrift. Det er et forhold, der ikke i sig selv er tilstrækkeligt til, at vi i denne sag står over for en virksomhedsoverførsel med den følge, at ansættelsesforholdet for det personale, som ikke bliver ansat af intervenienten med henblik på udførelsen af den omhandlede aktivitet eller tjenesteydelse, nødvendigvis fortsat består. Som Domstolen flere gange har fastslået [13], kan den sidstnævnte virksomheds overtagelse af den væsentligste del af arbejdsstyrken højst udgøre et element, der sammen med andre kriterier, som er fastlagt i retspraksis, indgår i vurderingen af, om en aktivitet videreføres. Kun hvis aktiviteten videreføres, og en virksomhed samtidig har overdraget immaterielle og materielle aktiver til en anden, foreligger der en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, som omhandlet i direktivet.

12 — Rygaard-dommen, nævnt ovenfor i note 11.

13 — Spijkers-dommen, nævnt ovenfor i note 3, og Watson Rask og Christensen-dommen, nævnt ovenfor i note 4.

Forslag til afgørelse

11. Jeg foreslår herefter Domstolen, at de af Arbeitsgericht Bonn forelagte spørgsmål besvares således:

»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, når en rengøringsaftale, der er indgået med én virksomhed, opsiges, og rengøringen efterfølgende tildeles en anden virksomhed, medmindre der foreligger forhold, der kan føre til en anden vurdering.«