FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

föredraget den 15 oktober 1996 *

I — Inledning

1. Syftet med de tolkningsfrågor som är aktuella i förevarande mål är 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 [1] (nedan kallat direktivet) och särskilt avgöra huruvida det fall då ett företag säger upp ett uppdragsavtal om städning som ingåtts med ett annat företag och därefter ger uppdraget till ett annat företag omfattas av begreppet "företag, verksamheter eller delar av verksamheter" till följd av "överlåtelse genom avtal" i den mening som avses i detta direktiv.

II — Bakgrund

2. Käranden i målet vid den nationella domstolen, Ayse Süzen, var sedan april 1987 anställd hos svarandebolaget som städerska på Aloisiuskolleg GmbH, ett privat gymnasium i kyrklig regi i Bonn-Bad Godesberg som hade slutit uppdragsavtal med svarandebolaget om städningen av lokalerna.

Genom skrivelse av den 15 februari 1994 underrättade svarandebolaget käranden om att uppdragsavtalet förmodligen skulle sägas upp till den 30 juni 1994 och att bolaget till följd härav var tvunget att av försiktighetsskäl, med beaktande av den lagstadgade uppsägningstiden, från och med den 30 juni 1994 upplösa anställningsförhållandet med käranden. Svarandebolaget erbjöd dock i skrivelsen käranden att fortsätta anställningsförhållandet ifall bolaget på nytt skulle få städningsuppdraget i fråga.

Svarandebolagets uppdragsavtal med Aloisiuskolleg upplöstes verkligen med verkan från den 30 juni 1994. Aloisiuskolleg gav senare ovannämnda uppdrag till företaget Lefarth GmbH, som är intervenient i målet vid den nationella domstolen till stöd för svaranden, med verkan från och med den 1 augusti 1994. Käranden väckte därefter talan vid sagda domstol mot svaranden för att domstolen skulle ogiltigförklara avskedandet på grund av att den lagstadgade uppsägningstiden inte hade iakttagits.

* Originalspråk: italienska.

1 — EGT L 61, s. 26.

3. För att kunna bedöma uppsägningens lagenlighet är det enligt den hänskjutande domstolen nödvändigt att först fastställa om uppsägningen av det uppdragsavtal som slutits med svarandebolaget och det faktum att uppdraget givits till det intervenierande bolaget kunde betecknas som överlåtelse av företag eller del av verksamhet i direktivets mening. Om man kommer till slutsatsen att så är fallet, fortsätter den hänskjutande domstolen, fortsätter anställningsförhållandet med det bolag som intervenerat i målet vid den nationella domstolen oförändrat. Av detta skäl såg sig den nationella domstolen föranledd att ställa följande frågor till domstolen för förhandsavgörande:

"1) Är, med hänsyn till domstolens dom av den 14 april 1994 i mål C-392/92, Christel Schmidt (Rec. 1994, s. I-1311) och av den 19 maj 1992 i mål C-29/91, Dr. Sophie Redmond Stichting (Rec. 1992, s. I-3189), direktiv 77/187/EEG tillämpligt även när ett företag säger upp det avtal som det har slutit med ett annat företag och därefter ger uppdraget till ett tredje företag?

2) Föreligger överlåtelse genom avtal i den mening som avses i direktivet i ett sådant fall som anges i fråga 1 ovan, där inte någon materiell eller immateriell produktionsfaktor överlåts?"

III — Den relevanta gemenskapslagstiftningen

I artikel 1.1 i direktivet föreskrivs följande:

"1. Detta direktiv skall tillämpas vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion."

I artikel 4.1 första stycket i direktivet föreskrivs följande:

"1. Överlåtelsen av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet skall 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 arbetsstyrkan ingår."

IV — Prövning av tvisten

4. De frågor som ställts av den hänskjutande domstolen ställer domstolen inför ett val mellan två teoretiska möjligheter. Å ena sidan kan man, som jag skall förklara närmare, anse att domstolens praxis leder oss till att anse att de omständigheter som föranlett den förevarande tvisten utgör en överlåtelse av ett företag. Vårt fall skulle på så vis genast kunna hänföras till de fall som omfattas av direktivet. Å andra sidan ger fallet oss tillfälle att fundera över de kriterier som har tillämpats i de domar som har meddelats i detta ämne. Begreppet överlåtelse av företag som vi möter i direktivet behöver nämligen preciseras närmare. Gemenskapsrättens uttolkare måste utan tvivel definiera begreppet i enlighet med de krav som ställs av systemet i direktivet, särskilt av den bestämmelse som syftar till att skydda arbetstagaren mot att överlåtelsen i sig kan utgöra grund för avskedande från överlåtarens eller förvärvarens sida. Överlåtelse av företag eller verksamhet är en affärstransaktion, vars typiska innehåll inte har bestämts uttryckligen utan endast förutsatts av gemenskapslagstiftaren. Emellertid har domstolen flera gånger framhållit att den modell för överlåtelse av företag som antagits i direktivet inte kan "bedömas endast på grundval av bestämmelsernas ordalydelse", "eftersom det föreligger olikheter mellan de nationella rättsordningarna vad gäller begreppet överlåtelse genom avtal" [2]. Det faktum att begreppet överlåtelse av företag ges olika innebörd i olika nationella rättsordningar och att gemenskapsrätten inte har hänvisat till någon av dessa rättsordningar för definition av begreppet utesluter enligt min åsikt inte att begreppet alltid har använts i en viss teknisk betydelse i direktivet. Detta gäller för övrigt även det andra begrepp som anges i bestämmelsen vid sidan om överlåtelsebegreppet, det vill säga fusionsbegreppet. Uttolkaren står alltså inför uppgiften att precisera åtminstone det väsentliga och oeftergivliga innehållet i begreppet överlåtelse av företag genom avtal. Detta är en preliminär fråga som jag anser bör ligga till grund för min lösning av fallet.

5. Om man följer den väg som utstakats av rättspraxis är det uppenbart att domstolen har lagt sig vinn om att betrakta överlåtelse av företag, verksamhet eller del av verksamhet på ett icke formalistiskt sätt och undvika att binda definitionen av företeelsen till stela kriterier. Snarare framträder tendensen att utpröva begreppet i fråga och efter hand som det används avgränsa det utifrån särdragen i det konkreta fallet. Domstolen avser genom denna hermeneutiska verksamhet att säkerställa största möjliga bedömningsunderlag för varje fall, utan att bortse från omständigheter som kan vara användbara vid kvalifikationen av den affärstransaktion genom vilken överlåtelsen sker, och som i de flesta fall, bör man komma ihåg, är av komplicerad utformning. Domstolen har ofta begränsat sig till att ange de kriterier som den nationella domstolen skall använda för att placera det enskilda fallet i den ena eller andra kategori som är relevant i gemenskapsrätten. Och i samma syfte ger domstolen den nationella domstolen, som är den styrande (dominus litis) i förfarandet om förhandsavgörande, uppgiften att utföra denna bedömning varvid den konstaterar att denna domstol har tillgång till de fakta som är av vikt för att med exakthet rekonstruera de underliggande transaktionerna.

2 — Dom av den 7 februari 1985 i mål C-135/83, Abels (Rec. s. 469), och av den 19 maj 1992 i mål C-29/91, Redmond Stichting (Rec. s. I-3189).

De kriterier som här har redovisats framgår främst av domen i målet Spijkers [3], enligt vilken man skall beakta "alla de faktiska omständigheter som kännetecknar transaktionen". Efterföljande rättspraxis har ständigt följt denna linje. [4]

6. Det framgår likaledes av domstolens praxis [5] att en underordnad tjänsteverksamhet får en egen självständig ekonomisk och funktionell form när den motsvarande tjänsten anförtros ett annat företag. Den på detta sätt definierade verksamheten subsumeras under den kategori som är relevant med avseende på direktivet. I domen i mål C-392/92, Schmidt [6], som för övrigt uttryckligen citeras av den hänskjutande domstolen i begäran om förhandsavgörande, ges till och med sådan karaktär åt en verksamhet som bedrivs av en enda anställd.

Av domstolens avgöranden i ämnet framgår dessutom att sättet på vilket överlåtelsen sker är irrelevant. Mer exakt har det ansetts utan betydelse om överlåtelsen av företaget eller del av detta sker direkt mellan två parter, överlåtare och förvärvare, eller om äganderättsövergången, som kan ske med olika avtalsmekanismer, sker endast på indirekt sätt så att en trepartstransaktion uppstår. Domarna i mål C-324/86, Daddy's Dance Hall [7], C-101/87, Bork [8], C-29/91, Redmond Stichting [9], och i förenade målen C-171/94 och C-172/94, Merckx [10], utgör exempel på domstolens vida tolkning i detta avseende.

7. Som jag antytt ovan kan de kriterier som domstolen vid tidigare tillfällen formulerat, särskilt i fallet Schmidt, användas för att betrakta ifrågavarande fall som analogt med dem som avgjorts tidigare och subsumera det under direktivets bestämmelser. Det skulle vara en lätt lösning. Jag måste dock säga att jag av mer än ett skäl ställer mig tveksam till denna lösning. Att anförtro ett annat företag att utföra tjänster (av vilken sort de än må vara) som företaget behöver är ett val som träffas på konkurrensens villkor och garanterar konkurrens mellan flera kandidater. Jag kan inte se hur det kan vara berättigat att den som får uppdraget skall vara tvungen att behålla även personalen i det företag som tidigare utförde tjänsterna men som slagits ut eller åtminstone inte gått segrande ur det upphandlingsförfarande som ägt rum vid det tillfället.

I förevarande fall saknas dessutom helt samband mellan de två företag som åtagit sig att utföra tjänsten. Den enda omständighet som

3 — Dom av den 18 mars 1986 i mål C-24/85, Spijkers (Rec. s. 1119, särskilt punkt 13).

4 — Redan citerad dom i mål C-29/91, Redmond Stichting, och dom av den 12 november 1992 i mål C-209/91, Watson Rask och Christensen (Rec. s. I-5755).

5 — Redan citerad dom i mål C-209/91, Watson Rask och Christensen.

6 — Dom av den 14 april 1994, Schmidt, (Rec. s. I-1311).

7 — Dom av den 10 februari 1988, Daddy's Dance Hall (Rec. s. 739).

8 — Dom av den 15 juni 1988, Bork (Rec. s. 3057).

9 — Dom i målet Redmond Stichting, redan citerad i fotnot 2.

10 — Domar av den 7 mars 1996, Merckx och Neuhuys (ännu ej publicerade i Rec.).

de på något sätt har gemensam består just och endast av att de har utfört tjänster för samma uppdragsgivande företag [11]. Det förefaller mig emellertid inte som om detta skulle räcka för att jämställa ifrågavarande fall med dem som tidigare prövats av domstolen i målen Daddy's Dance Hall, Schmidt och Merckx. Det kan nämligen konstateras, vilket för övrigt svaranden i det nationella målet framhållit, att det i de mål som tidigare avgjorts av domstolen alltid på något sätt funnits en förbindelse med det företag som företagen, mellan vilka överlåtelsen ansågs ha ägt rum, faktiskt berodde av. Så var det till exempel även i det ovan citerade fallet Redmond Stichting. Två stiftelser erhöll sina ekonomiska resurser från staten (rättare, Groningens kommun), som på detta sätt var herre över deras existens och bestämde över deras handlingar. Det har följaktligen kunnat anses, om dock ej uttryckligen, att överlåtelse i det fallet hade skett på grund av gemensamma intressen och enhetlig vilja, dvs. statens, från vilken stiftelserna fick sitt uppehälle. De båda stiftelserna samarbetade med varandra inom ramen för sitt gemensamma beroende av den offentliga myndigheten och hade faktiskt slutit ett avtal om överlåtelse av kunskap och resurser.

Det är således detta inslag av frivillighet, vare sig den kommer till uttryck i samtyckets form vid överlåtelse eller föreligger vid fusion, som kännetecknar överlåtelse av företag eller en företagsgren och som uppenbarligen saknas i förevarande fall.

8. Ännu en aspekt som ligger till grund för vårt fall och som gäller den andra frågan som den hänskjutande domstolen ställt, förtjänar emellertid en ytterligare analys, nämligen den som rör själva begreppet överlåtelse av företag, verksamhet eller del av verksamhet. Domstolen ger, som vi sett, begreppet en vid betydelse och anser i övrigt att överlåtelsens kännetecken skall fastställas från fall till fall. Det är en ståndpunkt som medger vederbörlig flexibilitet i kriterierna inför de olika situationer som kan uppstå inom gemenskapsekonomin. Denna förtjänst som lösningen har tar emellertid inte bort det faktum att det likväl, som jag antytt, är nödvändigt att urskilja det väsentliga innehållet i företagsöverlåtelsen. Det måste klargöras vilket oeftergivligt villkor som direktivets tillämplighet beror på. Emellertid förefaller det mig inte som om det kriterium som domstolen fastställt i domen Spijkers slutgiltigt har avgjort gränsdragning mellan det fall då företaget eller verksamheten överlåts och det då en sådan transaktions kännetecknande beståndsdelar inte är för handen.

9. Av detta skäl anser jag att begreppet företagsöverlåtelse bör definieras bättre och klarare avskiljas från andra företeelser som inte faller under direktivets tillämpningsområde. Förevarande mål är för övrigt betecknande för att det är nödvändigt att exakt avgränsa begreppet i fråga. Att säga upp ett uppdragsavtal som slutits med ett företag och ge upp-

11 — Se beträffande detta lösningen som domstolen givit i dom av den 10 september 1995 i mål C-48/94, Rygaard (Rec. 1995, s. I-2745), ett mål som visade stora likheter med det förevarande.

draget till ett annat företag, som i detta fall, är en sak, medan överlåtelse är en annan sak.

Det minsta nödvändiga karaktärsdraget i den senare transaktionen måste — och här ansluter jag mig till de slutsatser den brittiska, den franska och den tyska regeringen samt käranden i målet vid den nationella domstolen kommit till — bestå av en faktisk överlåtelse av materiella eller immateriella produktionsfaktorer, naturligtvis alltid på grundval av ett frivilligt förhållande mellan överlåtaren och förvärvaren. Ett annat kriterium, såsom blotta fortsättandet av den verksamhet som tidigare bedrevs av ett annat företag utan att det skett en överlåtelse av tillgångar eller rättigheter erbjuder inte tillräckliga garantier för att kunna skilja det ena fallet från det andra [12]. Däremot gäller motsatsen: övergången från en person till en annan av materiella eller immateriella tillgångar tillsammans med fortsättandet av verksamheten i fråga kan utan tvivel utgöra en särskiljande faktor som gör att förutsättningarna för direktivets tillämpning kan anses uppfyllda.

Den slutsats jag nu kommit till vederläggs enligt min mening ingalunda av den omständigheten att de företag som utför tjänster av den typ som det här är fråga om kännetecknas av att de har mycket få anläggningstillgångar. Det förekommer dock överlåtelse av rättigheter och tillgångar, som bidrar till att bilda och identifiera företaget, även om andelen omfattar ett minimalt belopp, även vid överlåtelse av företag eller verksamheter inom tjänstesektorn.

10. Jag skall göra en sista anmärkning beträffande övertagandet av personalen. Direktivets syfte är utan tvivel att tillförsäkra att anställningsförhållandet fortsätter i de fall som föreskrivs däri. Emellertid utgör enligt min mening inte det faktum att större delen av de arbetstagare som är sysselsatta i en viss verksamhet senare har anställts för motsvarande sysslor i ett annat företag något avgörande kriterium, "the controlling test", för att man skall kunna anse att verksamheten i fråga har de drag av organisatoriskt oberoende som kännetecknar begreppet företag, verksamhet eller del av verksamhet. Denna omständighet kan inte ensam medföra att det är fråga om överlåtelse av företag med det oundvikliga resultatet att anställningsförhållandet med den personal som inte övertas av det företag som inträder i utövandet av verksamheten eller tjänsten i fråga inte rubbas. Möjligen kan, som domstolen flera gånger uttalat [13], det senare företagets övertagande av huvuddelen av personalen vara en omständighet som kan beaktas vid bedömningen tillsammans med andra kriterier som bestämts i rättspraxis för att fastställa huruvida verksamheten har fortsatts. Det är endast om en verksamhet har fortsatts och ett företag samtidigt har överlåtit materiella eller immateriella tillgångar till det andra som det är fråga om överlåtelse av företag, verksamhet eller del av verksamhet i direktivets mening.

12 — Dom i mål C-48/94, Rygaard, citerad i fotnot 11.

13 — Dom i mål 24/85, Spijkers, citerad i fotnot 3 samt i mål C-209/91, Watson Rask och Cristensen, citerad i fotnot 4.

V — Förslag till avgörande

11. Med hänsyn till ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara de frågor som Arbeitsgericht Bonn ställt på följande sätt:

Det fall att ett företag säger upp ett uppdragsavtal om städning med ett annat företag och därefter ger uppdraget till ett annat företag faller, om det inte finns några andra faktorer som kan kvalificera situationen på annat sätt, inte inom tillämpningsområdet för direktiv 77/187/EEG.