FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT L.A. GEELHOED
fremsat den 19. juni 2003 [1]

I — Indledning

1. Oberster Gerichtshof (Østrig) har forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål vedrørende rækkevidden af 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].

2. I hovedsagen er der opstået det spørgsmål, om der er tale om en overførsel af en virksomhed i henhold til direktiv 77/187, når en virksomhed på bestilling af en institution, som driver et hospital, forsyner patienter og personalet med måltider, og disse opgaver tidligere blev udført af en anden virksomhed. Den nye virksomhed benytter i denne forbindelse de faciliteter, som ordregiveren har stillet til rådighed, såsom gas, vand, energi og erhvervslokaler med det nødvendige køkkeninventar; disse faciliteter benyttede den tidligere virksomhed også. Den nye virksomhed overtager derimod ikke nogen af de driftsmidler, som den tidligere virksomhed tilførte — personale, varelager, omkostningsberegninger, menuplaner, diætplaner, opskrifter eller erfaringsrapporter — og den ønsker heller ikke at gøre det.

3. Denne sag kommer efter en række domme fra Domstolen, der vedrørte anvendelsen af direktiv 77/187 ved tildeling af det hverv at præstere tjenesteydelser. De faktiske omstændigheder i sagen adskiller sig dog betydeligt fra forholdene i sager som Süzen [3] og Temco [4]. Den nye virksomhed har således slet ikke overtaget noget personale fra den tidligere virksomhed. Der er heller ikke sket nogen direkte overførsel af driftsmidler fra den tidligere til den nye virksomhed. Kun en del af de driftsmidler, som ordregiveren stiller til rådighed, er blevet benyttet af både den tidligere og den nye virksomhed.

1 — Originalsprog: nederlandsk.
2 — EFT L 61, s. 26.
3 — Dom af 11.3.1997, sag C-13/95, Sml. I, s. 1259.
4 — Dom af 24.1.2002, sag C-51/00, Sml. I, s. 969.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretten*

4. Direktiv 77/187 fastsætter de bestemmelser, som er nødvendige for at beskytte arbejdstagerne ved ejerskift og især sikre deres rettigheder. I henhold til direktivets artikel 1, stk. 1, finder det anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.

5. I henhold til direktivets artikel 2, litra a), i direktiv 77/187 er en »overdrager« enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel som omhandlet i samme direktivs artikel 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden, bedriften eller en del af bedriften. I henhold til direktivets artikel 2, litra b), forstås der ved en »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. I henhold til direktivets artikel 3, stk. 1, overgår overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførselen i henhold til artikel 1, stk. 1, som følge af denne overførsel til erhververen.

6. Direktiv 77/187 er blevet ændret to gange. Ved direktiv 98/50/EF [5] blev der især foretaget en præcisering af visse begreber på baggrund af Domstolens praksis. Den 12. marts 2001 ophævede Rådet direktiv 77/187 med henblik på at skabe en ensartet tekst og erstattede det med direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter [6].

7. Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 blev ved direktiv 98/50 til artikel 1, stk. 1, litra a). Ved direktiv 98/50 blev der indsat følgende nye artikel 1, stk. 1, litra b), om begrebet »overførsel«:

»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 henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk, jf. dog litra a) og de følgende bestemmelser i denne artikel.«

5 — Rådets direktiv af 29.6.1998 om ændring af direktiv 77/187 (EFT L 201, s. 88). Fristen for gennemførelse af direktiv 98/50 udløb den 17.7.2001.

6 — EFT L 82, s. 16. Medmindre andet anføres, går jeg i det følgende ud fra teksten i det oprindelige direktiv.

8. I henhold til præamblen til direktiv 98/50 foretages denne afklaring af hensyn til retssikkerheden og gennemsigtigheden; denne afklaring ændrer ikke anvendelsesområdet for direktivet som fortolket af Domstolen [7].

III — De faktiske omstændigheder i hovedsagen, sagsforløbet og det præjudicielle spørgsmål

10. Som følge af den nuancerede måde, hvorpå Domstolen har fortolket betingelserne for at anvende direktiv 77/187, har de faktiske omstændigheder i de konkrete tilfælde stor betydning. Den forelæggende ret har konstateret følgende faktiske omstændigheder i denne sag.

B — *National ret*

9. I Østrig blev direktiv 77/187 gennemført ved Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG). AVRAG's § 3 bestemmer bl.a., at såfremt en del af en virksomhed overføres til en anden indehaver, indtræder denne som arbejdsgiver med alle rettigheder og forpligtelser i de på tidspunktet for overførslen bestående arbejdsforhold. I henhold til Oberster Gerichtshofs faste praksis skal denne bestemmelse fortolkes i overensstemmelse med direktiv 77/187 i dets ændrede affattelse under hensyn til Domstolens afgørelser vedrørende dette område.

11. I 1990 indgik den institution, der driver et ikke nærmere betegnet hospital (herefter »hospitalet«), en aftale med Sanrest, et selskab der driver storkøkkenvirksomhed, hvorefter Sanrest overtog levering af og forsyning med mad- og drikkevarer samt restaurationstjenster, nemlig den komplette forsyning af patienter og personale til en pris, som var beregnet efter kostdage pr. person. Sanrest skulle tilbyde et bestemt udvalg af måltider (forskellig diætkost). Tilberedningen af maden skulle ske i hospitalets lokaler. Det hørte til Sanrests opgaver at sørge for udarbejdelse af menuplaner, indkøb, lagerføring, tilberedning, portionsanretning og transport af de anrettede måltider til de forskellige hospitalsafdelinger — dog ikke fordelingen af maden til patienterne — uddeling af måltider i personalekantinen samt rengøring af snavset service og de benyttede lokaler. Lokalerne såvel som vand, gas og energi samt de nødvendige større og mindre maskiner fik Sanrest stillet til rådighed af hospitalet.

7 — Jf. fjerde betragtning i direktiv 98/50.

Sanrest skulle erstatte eventuelle beskadigede maskiner. Særlige ydelser skulle betales særskilt. Sanrest overtog også driften af det cafeteria, der findes på hospitalet.

12. Efter at der midt på året 1998 var opstået uoverensstemmelser mellem hospitalet og Sanrest, opsagde hospitalet ved skrivelse af 26. april 1999 aftalen med Sanrest under iagttagelse af den fastsatte opsigelsesfrist på seks måneder. Herefter foranstaltede hospitalet en udbudsrunde for tjenesteydelserne. Midt i oktober 1999 fik Sanrest, der ligeledes havde deltaget i den nye udbudsrunde, meddelelse om, at Sodexho overtog køkkendriften.

13. Derpå indtog Sanrest den holdning, at der var tale om en virksomhedsoverførsel. Bestyreren i Sodexho afviste imidlertid at overtage materialer, varelageret og Sanrests personale. Sodexho modtog heller ikke nogen omkostningsberegninger, menuplaner, diætplaner, opskrifter eller erfaringsrapporter fra Sanrest. For så vidt angik Sanrests øvrige kunder overtog Sodexho kun seks til ti menuer for den børnehave, der ligger tæt ved hospitalet.

14. Sagsøgerne i hovedsagen, der var beskæftiget i køkkenet eller cafeteriet på hospitalet, og som var ansat af Sanrest, har anlagt sag for at få fastslået, at deres arbejdsforhold skal fortsættes af Sodexho. De har fremført — og er for så vidt blevet støttet af Sanrest — at overtagelsen af driften af køkkenet og cafeteriet er en virksomhedsoverførsel ifølge henholdsvis AVRAG's § 3, stk. 1, og artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187. Ifølge sagsøgerne har Sodexho overtaget materielle og immaterielle aktiver og i sidste ende en varigt etableret økonomisk enhed med de samme kunder. Der er tale om en produktionsvirksomhed med handels- og tjenesteydelsesaspekter. Efter sagsøgernes opfattelse er det afgørende ikke virksomhedsoverdragelsen, men derimod det forhold, at der sker en udskiftning af den, der er ansvarlig for driften af virksomheden. Personaleoverførslen er en følge af og ikke en forudsætning for overførslen af virksomheden.

15. Sodexho har bestridt denne opfattelse. Sodexho har sammenfattende støttet sig til, at virksomheden hverken overtog materielle eller immaterielle driftsmidler såsom varelager, menuplaner, diætplaner, opskrifter, omkostningsberegninger eller erfaringsrapporter og heller ikke overtog en del af Sanrests personale. Lokaler og inventar, der var det eneste, som blev overtaget, danner ikke en arbejdsorganisatorisk enhed i den forstand, at der foreligger en virksomhedsoverførsel. En del af det inventar, som hospitalet havde stillet til rådighed, skulle også suppleres. Sodexho udøver køkkendriften på grundlag af egen organisation, omkostningsberegninger og viden og sammensætter selv menuplanerne. Der er i sidste ende blot tale om et skift af tilslagsmodtager.

16. Førsteinstansen gav ikke sagsøgerne medhold, men konkluderede, at der ikke var tale om nogen virksomhedsoverførsel. Appelretten var ikke enig heri og ændrede dommen således, at påstanden blev taget til følge.

17. Under revisionsanken har Oberster Gerichtshof ved kendelse af 25. juni 2001 forelagt Domstolen følgende spørgsmål i medfør af artikel 234 EF:

»Er der tale om en overførsel af en del af en bedrift i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 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, når en institution, som driver et hospital, og som hidtil har givet en storkøkkenvirksomhed i opdrag at forsyne hospitalets patienter og personale med mad- og drikkevarer til en pris, der beregnes efter kostdage pr. person, og som har forsynet denne virksomhed med vand og energi samt stillet sine erhvervslokaler (hospitalets køkken) og det nødvendige inventar til rådighed for denne — efter at have opsagt aftalen — har overdraget disse opgaver og de driftsmidler, der hidtil var stillet til rådighed for den første storkøkkenvirksomhed, til en anden storkøkkenvirksomhed, uden at denne anden storkøkkenvirksomhed overtager de driftsmidler — personale, varelager, omkostningsberegninger, menu- og diætplaner, opskrifter eller erfaringsrapporter — som den første storkøkkenvirksomhed selv havde præsteret?«

IV — Parternes indlæg

18. Der er indgivet skriftlige indlæg af Sodexho, sagsøgte i hovedsagen, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber samt Det Forenede Kongeriges regering. Den 15. maj 2003 blev der afholdt retsmøde.

19. Sodexho har gjort gældende, at der ikke foreligger nogen overførsel af en virksomhed. Der har ikke været nogen direkte kontakt mellem Sodexho og den virksomhed, der tidligere drev hospitalskøkkenet og cafeteriet, og Sodexho har heller ikke overtaget nogen materielle eller immaterielle driftsmidler fra denne.

20. Sodexho har ikke bestridt, at hospitalets køkken og cafeteria udgør en organisatorisk enhed af personer og materielle og immaterielle driftsmidler til at udøve en økonomisk virksomhed.

21. Der foreligger imidlertid ikke nogen overførsel af en virksomhed som omhandlet i direktiv 77/187, da virksomhedens identitet ikke er opretholdt.

22. Sodexho har hverken overtaget personale, ledelse, arbejdsorganisation, driftsmetoder eller disponible driftsmidler fra Sanrest. Den har blot fået stillet erhvervslokaler og det nødvendige køkkenudstyr til rådighed af ordregiver og er af denne blevet forsynet med gas, vand og energi. De driftsmidler, der er stillet til rådighed, er imidlertid ikke i sig selv nok til at konkludere, at virksomhedens identitet er opretholdt. Det kan heller ikke udledes af den omstændighed, at den tidligere og den nye tilslagsmodtager præsterer ydelser, som ligner hinanden, at der er sket en overførsel af en økonomisk enhed. Det forhold, at funktionen er overført, udgør ikke i sig selv nogen virksomhedsoverførsel.

23. Sodexho sondrer mellem forskellige brancher, som kantinen og cafeteriet muligvis kan henhøre under. Der er tale om brancher, hvor det væsentlige er arbejdsstyrken, brancher, hvor det væsentlige er de materielle driftsmidler, og brancher, hvor begge faktorer er lige væsentlige for at udøve den pågældende aktivitet. Sodexho er selv ikke kommet nærmere ind på hvilken branche, kantinen og cafeteriet efter selskabets opfattelse henhører under.

24. Inden for brancher, hvor det væsentligste er arbejdsstyrken, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed. En sådan enhed opretholder sin identitet, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave. Hvis kantinen og cafeteriet hører til disse brancher, kan det ifølge Sodexho kun konkluderes, at der ikke foreligger en virksomhedsoverførsel, da den nye virksomhed ikke har overtaget noget af det gamle personale.

25. Hvis hospitalets kantine og cafeteria hører til de brancher, hvor de materielle driftsmidler udgør den væsentligste del af aktiviteten, må den omstændighed, at disse midler, der er nødvendige for at kunne drive enheden godt, ikke er overført til den nye tilslagsmodtager i nævneværdigt omfang, føre til den konklusion, at denne enhed ikke har opretholdt sin identitet.

26. Hvis hospitalets kantine og cafeteria hører til de brancher, hvor både arbejdskraften og de materielle driftsmidler er det væsentlige for at kunne udøve aktiviteten, kan der ifølge Sodexho heller ikke foreligge nogen virksomhedsoverførsel, da personale og driftsmidler ikke er blevet overført fra den gamle til den nye tilslagsmodtager.

27. Kommissionen har gjort gældende, at der foreligger en overførsel af en virksomhed. Den når frem til denne konklusion på grundlag af de argumenter, der gengives kort i det følgende.

28. Ligesom de andre procesdeltagere, der har afgivet indlæg, er Kommissionen af den opfattelse, at der er tale om en økonomisk enhed, der er organiseret på varig måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af et nærmere bestemt arbejde.

29. Besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en virksomhedsoverførsel, afhænger af, om den økonomiske enhed, der er genstand for transaktionen, opretholder sin identitet. Der skal i denne forbindelse tages hensyn til alle de forhold, der er kendetegnende for den pågældende transaktion.

30. For det første skal det undersøges, hvilken karakter den pågældende virksomhed har. Det særlige ved det foreliggende tilfælde er, at denne virksomheds produkter i det væsentlige kun aftages af én ordregiver, at virksomheden (virksomhedsdelen) befinder sig i ordregivers bygninger, og at ordregiver ejer væsentlige materielle produktionsmidler (faste aktiver), som denne stiller til rådighed for tilslagsmodtageren til opfyldelse af kontrakten.

31. For det andet er hospitalskøkkenet og andre faciliteter, der skal anses for materielle driftsmidler, og som udgør en væsentlig del af aktiviteten, blevet overtaget af Sodexho. Den nye virksomhed overtager ganske vist ikke nogen af de driftsmidler, som den gamle virksomhed har indbragt, såsom varelager, omkostningsberegninger, menuplaner, diætplaner, opskrifter eller erfaringsrapporter. Disse driftsmidler har imidlertid en underordnet betydning.

32. For det tredje har Sodexho ikke overtaget den gamle virksomhedsindehavers personale. Heraf følger imidlertid ikke, at der ikke er tale om en virksomhedsoverførsel. En virksomhed, hvor materielle driftsmidler eller bestemte produktionsmetoder medvirker væsentligt til aktiviteten, kan opretholde sin identitet, selv om personalet ikke overtages.

33. Den omstændighed, at Sodexho har afvist at overtage personalet, er ikke forenelig med den beskyttelse, som direktiv 77/187 giver arbejdstagerne. Dette gælder i hvert fald for så vidt angår ikke-kvalificerede arbejdstagere. Arbejdsgivere ville kunne omgå direktivet ved at undlade at overtage personale og dermed falde uden for direktivets anvendelsesområde.

34. For det fjerde taler det forhold, at kunderne er blevet overtaget, for, at identiteten er opretholdt. Det samme gælder det forhold, at de opgaver, der udføres, ligner hinanden, og at de er blevet udført uden at have været indstillet.

35. Det fremgår af de erklæringer, som Det Forenede Kongeriges regering har afgivet, at catering er en branche, der kræver megen arbejdskraft. I en sådan branche kan en ny tilslagsmodtager omgå direktiv 77/187 ved næsten ikke at overtage nogen væsentlige driftsmidler og heller ikke nogen væsentlig del af den gamle tilslagsmodtagers personale. I en branche, der kræver så megen arbejdskraft, ville det generelt ramme de mindre kvalificerede arbejdstagere, der har behov for beskyttelse, såfremt det afgøres, at der ikke er tale om en virksomhedsoverførsel.

36. Hvis en tilslagsmodtager derimod hverken overtager væsentlige driftsmidler eller en væsentlig del af den gamle tilslagsmodtagers personale, er der blot tale om, at den gamle og den nye tilslagsmodtager udfører opgaver, der ligner hinanden. Hvis en sådan situation var omfattet af direktiv 77/187, ville der foreligge en overførsel af en virksomhed, allerede såfremt der udføres opgaver, der ligner hinanden. Denne vide fortolkning af direktivet er heller ikke ønskelig.

37. Ifølge Det Forenede Kongeriges regering er der tre mulige løsninger på dette problem, men regeringen har ikke anført, hvilken løsning der bør have forrang.

38. Hvis en ny tilslagsmodtager hverken overtager væsentlig materielle driftsmidler eller en større del af personalet, så finder der ikke nogen overførsel af en virksomhed sted i henhold til direktiv 77/187. Tilslagsmodtagerens hensigt med at beslutte sig for eller imod at overtage personalet er uden relevans for besvarelsen af spørgsmålet, om der er sket en virksomhedsoverførsel i henhold til direktivet. Denne første mulige løsning ville ganske vist give retssikkerhed, men også medføre, at den nye tilslagsmodtager havde mulighed for at omgå direktivet.

39. Domstolen ville også kunne fastslå, at tilslagsmodtagerens formål med at beslutte sig for eller imod at overtage personalet (især hvis formålet er at omgå direktivet) er et afgørende kriterium for, om der foreligger en virksomhedsoverførsel. Direktivet ville så skulle anvendes, såfremt i) personalet ikke overtages af den nye tilslagsmodtager, ii) der ville være sket en overførsel, såfremt personalet var blevet overtaget og iii) grunden til, at personalet ikke er blevet overtaget, er et ønske om at omgå direktivet. Denne anden mulige løsning ville ligeledes give retssikkerhed, men det ville i praksis kunne være vanskeligt at fastslå, hvad der er de reelle årsager til, at den nye tilslagsmodtager ikke har overtaget personalet.

40. Domstolen ville som den tredje mulige løsning kunne afgøre, at den nye tilslagsmodtagers formål med at beslutte sig for eller imod at overtage personalet er et forhold, der skal tages hensyn til ved afgørelsen af, om der foreligger en virksomhedsoverførsel. Den nationale retsinstans ville imidlertid skulle tage hensyn til alle faktorer ved besvarelsen af dette spørgsmål.

41. Det andet spørgsmål, der ville skulle tages stilling til, fremgår af det forhold, at den nye tilslagsmodtager tager væsentlige materielle driftsmidler (såsom køkkenlokaler og -udstyr) i brug, som den gamle tilslagsmodtager brugte tidligere, men som i begge tilfælde er stillet til rådighed af ordregiver.

42. Hvad angår spørgsmålet om, hvorledes man skal bedømme det forhold, at den nye tilslagsmodtager har overtaget materielle driftsmidler, som tidligere blev brugt af den gamle tilslagsmodtager, men som i begge tilfælde er stillet til rådighed af ordregiver, har Det Forenede Kongeriges regering fremført, at retspraksis herom er selvmodsigende [8].

8 — Den selvmodsigende retspraksis fremgår ifølge Det Forenede Kongeriges regering af dom af 2.12.1999, sag C-234/98, Allen m.fl., Sml. I, s. 8643, præmis 30, og dom af 25.1.2001, sag C-172/99, Liikenne, Sml. I, s. 745, præmis 42. I dommen Allen m.fl. udtalte Domstolen følgende: »Den omstændighed, at ejendomsretten til de aktiver, der er nødvendige for virksomhedens drift, ikke er overgået til den nye indehaver, er imidlertid ikke til hinder for, at der er tale om en overførsel [...]. Det forhold, at der ikke har fundet en overdragelse af aktiver sted mellem ACC og AMS, er herefter ikke afgørende«. I Liikenne-dommen udtalte Domstolen følgende: »I en branche som regulær offentlig bustransport, hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt element i virksomhedsdriften, kan den manglende overførsel fra den gamle kontraktpart til den nye af en væsentlig del af disse elementer, der er uundværlige for en tilfredsstillende drift af enheden, føre til, at enheden ikke kan anses for at have bevaret sin identitet«.

43. Denne uoverensstemmelse kan ifølge Det Forenede Kongeriges regering beskrives således. Hvis der på direkte vis er blevet overført uundværlige driftsmidler fra den gamle til den nye tilslagsmodtager, så er dette et afgørende element for spørgsmålet, om der foreligger en virksomhedsoverførsel i direktiv 77/187's forstand. Hvis der derimod er blevet stillet uundværlige driftsmidler til rådighed for den nye tilslagsmodtager fra ordregivers side, og det er normalt, at det er ordregiver, der stiller de vigtigste driftsmidler, der er nødvendige for at udøve aktiviteten, til rådighed, er en sådan aftale ikke afgørende for spørgsmålet, om der er sket en overførsel eller ej.

44. Efter Det Forenede Kongeriges opfattelse er det nødvendigt, at Domstolen afklarer dette spørgsmål i den foreliggende sag.

V — Bedømmelse

A — *Domstolens praksis om rækkevidden af artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187*

45. Henset til de faktiske omstændigheder i hovedsagen, er det fornuftigt først at gengive de vigtigste principper i retspraksis vedrørende anvendelsesområdet for artikel 1 i direktiv 77/187. Jeg skal i denne forbindelse også omtale Domstolens opfat-

telse vedrørende anvendelsen af direktivet på transaktioner i forbindelse med udbud af tjenesteydelser. Denne retspraksis, der bliver mere og mere omfattende, giver efter min opfattelse et vigtigt grundlag for at tage stilling til det præjudicielle spørgsmål.

46. Det fremgår af selve ordlyden af direktivets artikel 1, stk. 1, at der stilles tre betingelser for, at direktivet finder anvendelse: Overførslen skal indebære, at der skiftes arbejdsgiver, overførslen skal vedrøre en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, og overførslen skal ske ved aftale [9].

47. Det skal indledningsvis bemærkes, at formålet med direktiv 77/187 efter Domstolens faste praksis er »at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne ifølge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren. Direktivet må således finde anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktsforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden«.

9 — Temco-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 21.

48. Domstolen har desuden gentagne gange fastslået, at »det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt driften faktisk fortsættes eller genoptages« [10]. Der er i denne forbindelse to grundlæggende betingelser, som skal være opfyldt, for at der foreligger en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift.

49. For det første skal overførslen vedrøre en økonomisk enhed, der er organiseret på varig måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise. Begrebet enhed henviser således til en organiseret helhed af personer og materielle og immaterielle aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål [11].

50. For det andet skal spørgsmålet, om virksomheden overføres, besvares på grundlag af en række faktiske omstændigheder. Det er denne del af undersøgelsen, som den foreliggende sag drejer sig om. Domstolen har hvad dette angår fastlagt en række faktorer, som den nationale domstol skal inddrage. Denne skal tage hensyn til

10 — Jf. Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 10; dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 11 og 12, og senest dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Merckx og Neuhuys, Sml. I, s. 1253, præmis 16.

11 — Jf. for så vidt angår retspraksis Temco-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 23.

alle de faktiske omstændigheder vedrørende overførslen, herunder

51. Alle disse omstændigheder kan dog kun indgå som enkelte aspekter af den samlede bedømmelse, der skal foretages, og Domstolen kan derfor ikke vurdere dem isoleret [12].

a) hvilken form for virksomhed eller bedrift, der er tale om

B — *Skal den omstændighed, at der skiftes tilslagsmodtager, anses for en virksomhedsoverførsel?*

b) hvorvidt der er sket en overførsel af de materielle aktiver, f.eks. bygninger og løsøre

52. Inden jeg kommer ind på spørgsmålet, om virksomheden har bevaret sin identitet, skal jeg henlede opmærksomheden på de forhold, under hvilke den ene tilslagsmodtager har afløst den anden.

c) værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen

d) om den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken

53. Hospitalet har overdraget det til en cateringvirksomhed at stå for den forplejning af personale og patienter, som hospitalet skal sørge for i sin egenskab af henholdsvis arbejdsgiver og plejeinstitution. Hospitalet er modtager af tjenesteydelserne og må derfor også kvalificeres som denne virksomheds kunde. Med henblik på modtagelsen af tjenesteydelserne stiller det væsentlige driftsmidler til rådighed for tjenesteyderen. Da aftalen med den gamle tilslagsmodtager var ophørt, blev der, efter at kontrakten forinden var blevet udbudt, indgået en ny aftale med Sodexho. Sanrest blev på sin side ved med at eksistere som virksomhed.

e) om kundekredsen overføres

f) i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og

g) hvor længe disse eventuelt har været indstillet.

12 — Spijkers-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 13; Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 14, og Temco-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 24.

54. Under disse omstændigheder har den oprindelige tjenesteyder blot mistet en ordre, mens den nye tjenesteyder har fået en. En cateringvirksomhed præsterer tjenesteydelser over for flere kunder flere forskellige steder. Det forhold, at virksomheden blot mister én kunde, kan derfor efter min mening ikke sidestilles med en virksomhedsoverførsel.

55. Dette udgangspunkt støttes, som det skal ses i det følgende, også af Domstolens praksis, hvor begrebet »overførsel« på den ene side fortolkes vidt, men hvor rækkevidden af begrebet på den anden side også begrænses.

56. Direktivet finder anvendelse i alle tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden.

57. Virksomhedsoverførslen skal ske »som følge af overdragelse eller fusion« (artikel 1, stk. 1, litra a), i direktiv 77/187). Det fremgik allerede af Domstolens tidligere praksis, at overførslen skal finde sted som led i et kontraktforhold.

58. En ensidig retsakt, som for eksempel opsigelsen af en lejekontrakt, sker også som led i et kontraktforhold og kan derfor henhøre under direktivet. I Redmond Stichting-dommen [13] ændrede en nederlandsk kommune sin støttepolitik for så vidt angik hjælp til misbrugere. Kommunen indstillede udbetalingen af denne støtte til en fond og ydede den derefter til en anden fond. Ved konstateringen af, at direktiv 77/187 skulle anvendes, tillagde Domstolen det forhold betydning, at den gamle og den nye fond i fællesskab regulerede »overførslen« af patienter, lokaler, viden og midler. I denne sag udtalte Domstolen, at kravet om overførsel i henhold til kontrakt var opfyldt, idet »en sådan støtte [ydes] i nogle medlemsstater [...] i henhold til en ensidig afgørelse under visse betingelser, mens den i andre medlemsstater ydes i henhold til offentlige kontrakter«. Under alle omstændigheder fandt udskiftningen af støttemodtageren ifølge Domstolen sted som led i et kontraktforhold som omhandlet i direktivet.

59. I Merckx og Neuhuys-sagen [14] havde den gamle og den nye indehaver af forhandlerretten i forbindelse med ændring af en aftale om retten til at forhandle køretøjer truffet aftale om omkostninger i forbindelse med overtagelsen af medarbejderne, hvilket ifølge Domstolen bekræftede, at der forelå en overdragelse som led i et kontraktforhold i henhold til direktivet. I Collino og Chiappero-sagen [15] skete overførslen på grundlag af en lov. Domstolen fastslog også

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

14 — Nævnt i fodnote 10.

15 — Dom af 14.9.2000, sag C-343/98, Sml. I, s. 6659.

her, at kravet om overførsel som led i et kontraktforhold var opfyldt. Under en blot og bar henvisning til Redmond Stichting-dommen udtalte Domstolen, at den omstændighed, at overførslen er en følge af afgørelser, som er truffet ensidigt af offentlige myndigheder, og ikke beror på en aftale, ikke udelukker, at direktivet kan finde anvendelse.

60. Det er derfor ikke nødvendigt, at der eksisterer en direkte kontraktmæssig forbindelse mellem overdrageren og erhververen. Hvis der ligger en afgørelse til grund for overførslen, så er kravet opfyldt, uanset om afgørelsen skal betegnes som en aftale, en ensidig retsakt, en retsafgørelse eller en lov. Overførslen kan også ske i to faser via en tredjemand, f.eks. indehaveren eller udlejeren. Direktivet kan således også anvendes, såfremt overførslen sker i to faser via en tredjemand.

61. Domstolen har imidlertid også udtalt, at rækkevidden af udtrykket »overførsel af en virksomhed« ikke er ubegrænset. I Süzen-dommen [16] formulerede Domstolen den nederste grænse for den vide fortolkning af udtrykket således: »[D]en omstændighed, at den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye tilslagsmodtager, er den samme, [er] ikke i sig selv tilstrækkelig til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed [...]. 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. Selv om den virksomhed, som hidtil har udført tjenesteydelsen, mister en kunde, består den fortsat fuldt ud, og der er ikke grundlag for at antage, at en af virksomhedens bedrifter eller dele af bedrifter er overdraget til den nye tilslagsmodtager«.

62. Hvis der er tale om to konkurrerende tjenesteydere, som ikke har nogen indbyrdes forbindelse bortset fra, at de efter hinanden har indgået en kontrakt med den samme kunde, foreligger der således ikke nogen overførsel.

63. Henset til Süzen-dommen når jeg derfor til den konklusion, at der i det foreliggende tilfælde ikke er tale om en overførsel af en virksomhed, men derimod blot om tab af en ordre. Det kan kun forholde sig anderledes, hvis det viser sig, at virksomheden alligevel har bevaret sin identitet. Dette er tilfældet her, såfremt aftalen mellem hospitalet og den nye tilslagsmodtager indeholder visse klausuler, såsom bl.a. en forpligtelse til at overtage personalet, eller det fremgår af andre omstændigheder, at der alligevel foreligger en overførsel af (en del af) virksomheden.

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

C — *Opretholdelse af identiteten*

64. Det er ubestridt, at der ikke blev opstillet nogen klausul vedrørende personalet i aftalen mellem hospitalet og Sodexho. Det skal derfor undersøges, om det fremgår af andre omstændigheder, at virksomheden har opretholdt sin identitet. Dette er afgørende for spørgsmålet, om der, uanset min første konklusion, foreligger en virksomhedsoverførsel. Spørgsmålet, om identiteten er opretholdt, bedømmes ud fra to grundlæggende forudsætninger (jf. ovenfor punkt 49 til 51). Den første forudsætning er ubestridt opfyldt. Den forelæggende ret går ud fra, at driften af catering og cafeteriet vedrører en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål. Den forelæggende ret har betegnet virksomhedens formål som »forsyning af patienter og personale med måltider til bestemte priser«. Dette bestrides egentlig ikke, og det skal heller ikke sættes under diskussion i den foreliggende sag.

65. Den foreliggende retssag drejer sig som sagt om den anden forudsætning, nemlig spørgsmålet, om det på grundlag af andre faktiske omstændigheder kan konkluderes, at identiteten er opretholdt, og at virksomheden således fortsat består (jf. punkt 50). I det følgende behandler jeg de faktorer, som Domstolen tager hensyn til ved konstateringen af, om der foreligger en overførsel af en virksomhed. Jeg henviser i denne forbindelse til, at der skal foretages en samlet bedømmelse af disse faktorer [17].

Den pågældende virksomheds eller bedrifts karakter

66. Markedet for cateringaktiviteter er kendetegnet ved et endeligt produkt, som er en kombination af levering af varer — selve måltiderne — og præstation af visse former for tjenesteydelser, idet man bl.a. stiller arbejdskraft til rådighed, uddeler måltider i personalekantinen, udarbejder menuplaner, transporterer maden og foretager rengøring. I henhold til forelæggelseskendelsen er der tale om en sammenkædning af en række handlinger, nemlig udarbejdelse af menuplaner, indkøb, lagerføring, transport, uddeling af måltiderne (dog ikke fordeling af maden til patienterne) samt rengøring.

67. Man kan forestille sig, at catering til en plejeinstitution som et hospital som følge af de specifikke sundhedsmæssige krav, der stilles på arbejdspladsen, desuden har en række særlige kvalitetskendetegn. Der kan være tale om, at der skal tages særligt hensyn til hygiejneproblemer, og specifikke

17 — Spijkers-dommen, nævnt i fodnote 10, præmis 13, Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 14, og Temco-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 24.

krav, der stilles til måltider til forskellige grupper patienter (diæt osv.). Det kan desuden ikke udelukkes, at der skal opfyldes visse yderligere krav for så vidt angår sundhedsrelevante kendskaber og færdigheder.

68. Den forelæggende ret har udtrykkelig henvist til den betydning, som driftsmidlerne i det foreliggende tilfælde har for driften af virksomheden. Når man går ud fra driftens formål — nemlig forsyning af patienter og personale med måltider til bestemte priser — skal hospitalskøkkenet og køkkeninventaret anses som væsentlige driftsmidler. Identiteten består af sammensætningen af driftsmidler, og personalet udgør en del heraf. Der er her tale om, at det overdrages til en anden at præstere kvalificerede tjenesteydelser.

69. I henhold til retspraksis er opretholdelsen af identiteten i de tilfælde, hvor det overdrages til en anden at præstere tjenesteydelser, i betydelig grad betinget af, at der overføres personale eller driftsmidler. Dette afhænger af bedriftens art. Den foreliggende sag adskiller sig imidlertid fra de tidligere sager, som Domstolen har beskæftiget sig med.

70. Retspraksis vedrørende brancher, hvor en økonomisk enhed kan fungere næsten udelukkende på grundlag af arbejdsstyrken, det vil sige uden betydelige materielle eller immaterielle driftsmidler, kan ikke uden videre overføres til dette tilfælde. I sådanne brancher, hvor aktiviteten i det væsentlige bygger på arbejdskraften, udgør en gruppe arbejdstagere, som i længere tid udøver en fælles aktivitet, en økonomisk enhed. 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 det personale, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave. For så vidt angår et vagt- eller rengøringsselskab kan en organiseret helhed af lønmodtagere, som specielt og i længere tid udfører en fælles aktivitet, når der ikke er tale om andre produktionsfaktorer, udgøre en økonomisk enhed [18].

71. Hvis man sammenligner hospitalscatering med f.eks. rengørings- og vagtbranchen, så er det mit indtryk, at faktoren »arbejdsstyrke« har mindre betydning inden for hospitalscatering end i rengørings- og vagtbranchen og slet ikke er den vigtigste faktor. Hospitalscatering adskiller sig fra rengørings- og vagtopgaver på to måder. For det første er det ikke blot

18 — Jf. Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 21, dom af 10.12.1998, forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Hernández Vidal m.fl., Sml. I, s. 8179, præmis 27, og Temco-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 26.

arbejdsfaktoren, men også de materielle driftsmidler, der har stor betydning. For det andet har kvalifikationer, kendskaber, planlægning og organisation en betydelig større vægt end ved rengørings- og vagtopgaver.

72. Henset til de særlige kendetegn ved cateringbranchen skal der først og fremmest tages hensyn til de immaterielle driftsmidler, de materielle driftsmidler samt personalet ved spørgsmålet, om identiteten er opretholdt.

Immaterielle driftsmidler

73. I det foreliggende tilfælde har Sodexho overtaget Sanrests stilling. Der er i denne forbindelse ikke sket nogen overførsel for så vidt angår organisationen af arbejdet, viden, opskrifter, lager, omkostningsberegninger, menuplaner og diætbestemmelser. Alle disse faktorer er vigtige immaterielle driftsmidler for en specialiseret cateringbedrift. Jeg konstaterer derfor, at der ikke er sket nogen overførsel af immaterielle driftsmidler.

74. Netop hvad angår cateringbranchen må det fastslås, at disse immaterielle driftsmidler er afgørende for en virksomheds identitet og udgør en vigtig konkurrencefaktor på dette marked.

Materielle driftsmidler

75. Ud over de immaterielle driftsmidler har de driftsmidler, som ordregiver har stillet til rådighed, betydning for udøvelsen af aktiviteten.

76. Den forelæggende ret ønsker i denne sammenhæng især oplyst, hvilken betydning det har, at ordregiver stiller vand, gas, energi, erhvervslokaler samt inventar til rådighed.

77. Kommissionen har i sine skriftlige indlæg anført, at hospitalets køkken samt andre indretninger, der i deres egenskab af materielle driftsmidler bidrager til aktiviteten i betydelig grad, er blevet overtaget af Sodexho. Disse angivelser bygger efter min opfattelse på en urigtig bedømmelse af de faktiske omstændigheder. Ordregiver stiller nemlig kun driftsmidlerne til rådighed for

tilslagsmodtager i gyldighedsperioden for aftalen mellem ordregiver og tilslagsmodtager. Da ordregiver ejer driftsmidlerne, kan denne selv disponere helt over dem efter udløbet af aftalen. I den foreliggende situation er der derfor ikke sket nogen overførsel af disse driftsmidler.

Personale

78. Det tredje punkt vedrører spørgsmålet, om næsten hele arbejdsstyrken overtages af den nye virksomheds indehaver. I det foreliggende tilfælde har Sodexho ikke overtaget en eneste af Sanrests beskæftigede. Set i lyset af Domstolens praksis er dette strengt taget et indicium for, at der ikke har fundet nogen overførsel sted. Det er dog passende at fremføre et par randbemærkninger i denne forbindelse.

79. Efter Domstolens praksis er den eventuelle overtagelse af personalet en faktisk omstændighed, som den nationale ret skal tage hensyn til ved bedømmelsen af den pågældende transaktion. I denne forbindelse er der imidlertid to problemer, som hænger nøje sammen. Direktiv 77/187 har nemlig til formål »at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne ifølge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren«. I retspraksis antages det imidlertid, at der foreligger en virksomhedsoverførsel, når en væsentlig del af personalet overtages. Det foreliggende tilfælde illustrerer den manglende overensstemmelse mellem lovgivning og retspraksis. I forbindelse med en virksomhedsoverførsel spiller arbejdstagerne ikke blot en subjektiv rolle som indehavere af rettigheder og forpligtelser, men derimod også en objektiv rolle, nemlig som »driftsmidler«, der overdrages eller ej. Dette medfører, at arbejdstagerne i deres egenskab af »driftsmidler« kan have afgørende betydning for spørgsmålet, om der foreligger en overførsel, og dermed for, om deres egne rettigheder opretholdes.

80. Det andet problem er den mulighed for misbrug, som Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen har påpeget. Nye kontrahenter har mulighed for at omgå direktivet i arbejdsintensive brancher ved at undlade at overtage den gamle kontrahents personale. Jeg er enig med Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen i, at såfremt man anså spørgsmålet, om den nye kontrahent vil overtage den gamle kontrahents personale, for at have særlig betydning ved konstateringen af, om der har fundet en virksomhedsoverførsel sted eller ej, så ville den beskyttelse, som direktiv 77/187 kræver, i det væsentlige afhænge af parternes vilje.

81. Dette er i modstrid med fællesskabslovgivers mål om at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af, at virksomhedens ejer udskiftes. Men det må heller ikke være sådan, at

arbejdsgiveren i alle tilfælde forpligtes til at overtage arbejdstagerne. Dette ville være i strid med principperne om fri konkurrence, især i en branche som cateringerhvervet, hvor arbejdstagernes kvalitet er en væsentlig faktor for tjenesteydelsens kvalitet. Hvis man har overdraget det til en ny virksomhed at drive en personalekantine, for eksempel fordi man ikke var tilfreds med den service, som den gamle virksomheds personale ydede, så bliver den nye tilslagsmodtager nemlig konfronteret med det personale, som ordregiver var utilfreds med.

82. I det foreliggende tilfælde er det derfor efter min opfattelse ikke muligt at anse kriteriet om, hvorvidt personalet overtages af den nye kontrahent eller ej, for at være den afgørende faktor. For det første fordi der her ikke er tale om en branche, der kun bestemmes af personalets indsats, men om en branche, hvor materielle og immaterielle driftsmidler, således som den forelæggende ret allerede har fastslået, ligeledes har væsentlig betydning for den aktivitet, der skal udøves. For det andet fordi sagen for den forelæggende ret netop drejer sig om, hvorvidt personalet skulle overføres.

83. Der skal derfor tages hensyn til objektive kriterier ved bedømmelsen af, om bedriftens identitet er opretholdt. I denne forbindelse kan overtagelsen af personalet ikke være nogen »forudsætning« for virksomhedsoverførslen, da overtagelsen af personalet er den logiske konsekvens, såfremt direktivet anses for at skulle anvendes i den foreliggende sag.

84. I sit skriftlige indlæg har Det Forenede Kongeriges regering anført, at man eventuelt vil skulle se på den nye kontrahents vilje. Det er imidlertid vanskeligt at konstatere, hvilke hensigter den nye (eller den gamle) kontrahent har. Desuden kan en anvendelse af et sådant subjektivt kriterium også hurtigt medføre, at direktiv 77/187 omgås. Spørgsmålet om, hvilken hensigt de berørte har, kan derfor ikke være noget kriterium for, hvorvidt der foreligger en overførsel af en virksomhed.

Øvrige omstændigheder

85. Et yderligere punkt, som Domstolen nævner som et muligt indicium for, at en virksomhed er overført, er overtagelse af kunderne. I aftalen har Sodexho forpligtet sig til at drive hospitalets kantine og cafeteria. På den ene side er hospitalet Sodexhos kunde, idet det har overdraget det til Sodexho at præstere bestemte tjenesteydelser over for personalet og patienterne. På den anden side er disse i sidste ende modtagerne af kantinens og cafeteriets service. Der er således tale om en lukket kundekreds. Denne er den samme før og efter overførslen.

86. I et tilfælde som det foreliggende, hvor der er indgået en cateringaftale mellem en ordregiver og en tilslagsmodtager om erlæggelse af catering-tjenesteydelser, ligger det i den udbudte cateringydelses natur, at kundekredsen bliver ved med at være den samme.

87. I det foreliggende tilfælde er det endelig ikke omstridt, at den tidligere og den nye tilslagsmodtager præsterer ydelser, der ligner hinanden eller måske endog er de samme. Sodexho overtager Sanrests drift af cateringopgaverne på et hospital. Det er heller ikke nødvendigt at undersøge, hvor længe aktiviteterne i givet fald er blevet indstillet, da der ikke er sket nogen indstilling.

D — *Sammenfatning*

88. Under punkt 63 nåede jeg allerede til den konklusion, at der ikke foreligger nogen overførsel af en virksomhed i denne sag, medmindre det fremgår af andre omstændigheder, at virksomhedens identitet alligevel er opretholdt.

89. Retspraksis om overførsel af en virksomhed, jf. artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 viser, at Domstolen fortolker det kriterium, at en økonomisk enhed »opretholder sin identitet«, vidt, men at identitet også kræver en vis organisation og varighed og ikke kan antages at foreligge på grundlag af en ordre fra blot en enkelt kunde. Identiteten består også af andre forhold som f.eks. personalet, de ydre rammer, tilrettelæggelsen af arbejdet, driftsmåden og i givet fald også de driftsmidler, der står til rådighed [19]. Det forhold, at en virksomhed mister en ordre til en konkurrent, er derfor ikke i sig selv udtryk for en overførsel som omhandlet i direktivet [20].

90. Afvejningen af, hvilken vægt, der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktivet er tale om en overførsel, afhænger nødvendigvis af, hvilken type aktivitet der udøves, og hvilke produktions- eller driftsmåder, der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften. En økonomisk enhed kan således navnlig i visse brancher 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 [21].

91. I det foreliggende tilfælde fører omstændighederne ikke til den konklusion, at der er tale om en overførsel af en

19 — Jf. Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 15, og dom af 26.9.2000, sag C-175/99, Mayeur, Sml. I, s. 7755, præmis 49, samt mit forslag til afgørelse i Temco-sagen, nævnt i fodnote 4, punkt 55.

20 — Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 15 og 16, og Liikenne-dommen, nævnt i fodnote 8, præmis 34.

21 — Süzen-dommen, nævnt i fodnote 3, præmis 18, Temco-dommen, nævnt i fodnote 4, præmis 25, og Hernández Vidal m.fl.-dommen, nævnt i fodnote 18, præmis 26.

virksomhed. Det fremgår af omstændighederne i hovedsagen, at de immaterielle driftsmidler, såsom menuplaner, omkostningsberegninger og særlig viden, ikke blev overdraget. De materielle driftsmidler blev heller ikke overdraget. Ordregiver stillede disse driftsmidler til rådighed for den nye cateringvirksomhed. De udgør et forhold, der kun spiller en rolle forud for indgåelsen af den nye kontrakt. Endelig er personalet heller ikke blevet overført. Jeg har allerede gjort rede for, at spørgsmålet om, hvorvidt personalet overtages af den nye kontrahent eller ej, ikke kan anses for en afgørende faktor i denne sag. Der er ikke tale om en branche, der udelukkende bestemmes af arbejdsstyrkens indsats, men derimod om en branche, hvor de materielle og immaterielle driftsmidler, sådan som den forelæggende ret allerede har fastslået, ligeledes har væsentlig betydning for den aktivitet, der skal udøves. Dette kriterium kan desuden ikke anvendes i en sag som den foreliggende, eftersom sagen ved den forelæggende ret netop drejer sig om, hvorvidt personalet skal overtages.

92. De øvrige omstændigheder fører heller ikke til noget andet resultat. Det er kun opdraget om præstation af bestemte tjenesteydelser, der er overført, og dette kan på ingen måde sammenlignes med en overførsel af en »going concern«. Identiteten bag den, der driver kantinen og cafeteriet, har ændret sig væsentligt. Efter at aftalen med Sanrest er ophørt, er det Sodexho, der forestår driften i sin egenskab af hospitalets nye kontrahent.

93. Det forhold, at et hverv bringes til ophør over for en virksomhed og herefter overdrages til en anden, således som det er sket i det foreliggende tilfælde, er ikke i sig selv udtryk for en overførsel. Det forhold, at en aktivitet, der tidligere blev udøvet af en anden virksomhed, fortsættes, uden at der overdrages varer eller rettigheder, kan ikke som sådant sidestilles med en overførsel af en virksomhed. At der mistes en ordre, kan ikke i sig selv være et indicium for, at der foreligger en overførsel i henhold til direktiv 77/187.

94. Efter min opfattelse er denne konklusion, der drages på grundlag af den eksisterende retspraksis, også tilfredsstillende. Jeg har i en tidligere sag allerede gjort nærmere rede for, at Domstolen efter min mening både af retlige og økonomiske grunde bør være tilbageholdende med at anvende direktiv 77/187 på brancher, hvor de kontraktretlige forhold normalt er tidsbegrænset[22].

22 — Jf. mit forslag til afgørelse i Temco-sagen, nævnt i fodnote 4, især punkt 33-40.

VI — Forslag til afgørelse

95. Under hensyn til det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 1 i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, skal fortolkes således, at der ikke er tale om en overførsel af en virksomhed, når en institution, som driver et hospital, og som hidtil har givet en storkøkkenvirksomhed i opdrag at forsyne hospitalets patienter og personale med mad- og drikkevarer til en pris, der beregnes efter kostdage pr. person, og som har forsynet denne virksomhed med vand og energi samt stillet sine erhvervslokaler (hospitalets køkken) og det nødvendige inventar til rådighed for denne — efter at have opsagt aftalen — har overdraget disse opgaver og de driftsmidler, der hidtil var stillet til rådighed for den første storkøkkenvirksomhed, til en anden storkøkkenvirksomhed, uden at denne anden storkøkkenvirksomhed overtager de driftsmidler — personale, varelager, omkostningsberegninger, menu- og diætplaner, opskrifter eller erfaringsrapporter — som den første storkøkkenvirksomhed selv havde præsteret.«