FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT PHILIPPE LÉGER

fremsat den 12. oktober 2000 [1]

1. Korkein oikeus (Finlands Højesteret) anmoder i den foreliggende sag om en præjudiciel afgørelse af, hvorvidt bestemmelserne 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 [2], finder anvendelse i et tilfælde, hvor en privatretlig juridisk person har overtaget driften af syv lokale busruter som følge af en procedure for indgåelse af offentlige kontrakter i overensstemmelse med direktiv 92/50/EØF [3].

I — Retsforskrifter

2. Direktiv 77/187 finder ifølge artikel 1, stk. 1, anvendelse på »overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion«.

3. Artikel 2 definerer de væsentligste anvendte begreber. Det anføres under litra a), at der ved »overdrager« forstås »enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel som omhandlet i artikel 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden, bedriften eller en del af bedriften«. Det præciseres i litra b), at der ved »erhverver« forstås »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«.

4. Som anført i tyvende betragtning til direktiv 92/50, har direktivet til formål at forbedre tjenesteydernes adgang til udbudsprocedurerne for at afskaffe enhver praksis, der er konkurrencebegrænsende i almindelighed og begrænser andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse i kontrakter i særdeleshed.

5. Dette direktivs artikel 1, litra a), definerer »offentlige tjenesteydelsesaftaler« som gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed. Ifølge artikel 1, litra b), forstås ved »ordregivende myndig-

1 — Originalsprog: fransk.

2 — EFT L 61, s. 26, herefter »direktiv 77/187« eller »direktivet«.

3 — Rådets direktiv af 18.6.1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

heder« staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer.

6. Artikel 3, stk. 1, i direktiv 92/50 bestemmer, at: »Ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler eller afholdelse af projektkonkurrencer anvender de ordregivende myndigheder fremgangsmåder, som er tilpasset efter dette direktivs bestemmelser.« Ifølge samme artikels stk. 2, »påhviler [det] de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere«.

7. Direktiv 92/50 omfatter ifølge dets bilag I A, hvori der henvises til artikel 8, bl.a. landtransport.

II — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

8. Pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunta (Hovedstadregionens samarbejdsudvalg, herefter »YTV«) tildelte som følge af et udbud selskabet Oy Liikenne AB (herefter »Liikenne«) driften af syv lokale busruter, der hidtil havde været overladt selskabet Hakunilan Liikenne Oy (herefter »Hakunilan Liikenne«).

9. Hakunilan Liikenne, der drev disse ruter med 26 busser, afskedigede herefter 45 buschauffører. Liikenne genansatte 33 af dem, der udgjorde alle de, der havde søgt arbejde. Liikenne ansatte ligeledes 18 andre chauffører. Genansættelsen af de 33 chauffører, der havde været ansat hos Hakunilan Liikenne, skete i henhold til bestemmelserne i den landsdækkende kollektive overenskomst på området, hvis vilkår generelt var mindre fordelagtige end vilkårene hos Hakunilan Liikenne.

10. Overførslen fra Hakunilan Liikenne til Liikenne blev ikke ledsaget af en overdragelse af køretøjer eller andre aktiver, der havde forbindelse med driften af de pågældende busruter [4]. Mens Liikenne afventede leveringen af 22 nye busser, selskabet havde bestilt, lejede det af Hakunilan Liikenne to af dette selskabs busser i to eller tre måneder, og Liikenne købte af Hakunilan Liikenne uniformer, som nogle af chaufførerne havde anvendt hos sidstnævnte selskab.

11. Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen var blandt de 33 chauffører, der blev afskediget af Hakunilan Liikenne og genansat hos Liikenne. Da de var af den opfattelse, at der havde fundet en overførsel

4 — Punkt 4 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

af en økonomisk enhed sted mellem de to virksomheder, og at de således havde ret til fortsat at have samme vilkår som hos den tidligere arbejdsgiver, anlagde de sag mod Liikenne ved Vantaan käräjäoikeus (tingsretten i Vantaa). Liikenne bestred, at der havde fundet en sådan overførsel sted.

12. Vantaan käräjäoikeus gav ved dom af 17. juni 1996 Pekka Liskojärvi og Pentti Juntunen medhold. Helsingin hovioikeus (landsretten i Helsinki) gav ved dom af 23. oktober 1997 ikke Liikenne medhold i selskabets anke af dommen, hvorfor det indbragte sagen for Korkein oikeus.

13. Korkein oikeus har i sin forelæggelseskendelse bemærket, at begrebet overførsel af en bedrift forbliver uklart, særligt i de tilfælde, hvor overførslen som i hovedsagen ikke hviler på en aftale mellem parterne, og hvor der ikke i forbindelse med overførslen overdrages væsentlige aktiver [5]. Retten har ligeledes anført, at den foreliggende sag falder inden for rammerne af en udbudsprocedure i overensstemmelse med direktiv 92/50. Anvendelsen af direktiv 77/187 kan imidlertid i denne sammenhæng, såfremt direktivet beskytter arbejdstagernes rettigheder, hindre konkurrencen mellem virksomhederne og skade direktiv 92/50's formål. Korkein oikeus spørger under disse omstændigheder, hvorledes de to direktiver kan forenes [6].

14. Idet sagens afgørelse afhænger af fortolkningen af artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187, har Korkein oikeus ved kendelse af 27. april 1999 besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal en situation, hvori betjeningen af busruter overgår fra et busselskab til et andet i henhold til en udbudsprocedure i medfør af direktiv 92/50/EØF om indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler anses for at udgøre en overførsel af en virksomhed i den betydning, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187/EØF?«

III — Det præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

15. Den forelæggende ret har med det præjudicielle spørgsmål anmodet Domstolen om at vurdere, om bestemmelserne i direktiv 77/187 kan anvendes i sammenhæng med direktiv 92/50. Det fremgår i øvrigt af forelæggelseskendelsens præmisser [7], at den forelæggende rets tvivl er næret

5 — Samme sted, punkt 21.

6 — Samme sted, punkt 23.

7 — Se dette forslag til afgørelse, punkt 13.

af to forskellige og komplementære problemer.

16. Den forelæggende ret har for det første bemærket, at direktiv 92/50's formål ikke synes foreneligt med direktiv 77/187's formål. Retten spørger derfor Domstolen, om en transaktion, der foretages i overensstemmelse med direktiv 92/50, og som fører til overførsel af en aktivitet, der hidtil har været drevet af en virksomhed, til en anden virksomhed, principielt er omfattet af direktiv 77/187's materielle anvendelsesområde [8].

17. Såfremt dette første spørgsmål besvares bekræftende af Domstolen, ønsker den forelæggende ret besvaret et andet spørgsmål, der vedrører betingelserne for anvendelse af direktiv 77/187 [9]. Dette andet spørgsmål er opdelt i to punkter.

18. Den finske ret ønsker for det første oplyst, om begrebet »overdragelse« i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 nødvendigvis forudsætter en direkte aftalemæssig forbindelse mellem erhververen og overdrageren [10].

19. For det andet ønsker retten præciseret, om en overførsel af en virksomhed i direktivets forstand kan udledes, selv om der ikke er sket en overdragelse af væsentlige aktiver mellem overdrageren og erhververen.

20. De to spørgsmål stillet af den forelæggende ret vil blive behandlet i rækkefølge.

Besvarelse af det første spørgsmål

21. Jeg mener ligesom hovedparten af procesdeltagerne [11] i den foreliggende sag, at det første spørgsmål ud fra ordlyden af de omtvistede direktivbestemmelser og deres målsætning skal besvares bekræftende.

22. Ifølge artikel 1, litra a), i direktiv 92/50 defineres offentlige tjenesteydelsesaftaler som »gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en tjenesteyder og en ordregivende myndighed«.

23. Det fremgår i øvrigt af bilag I A, hvortil der henvises i artikel 8, at landtransport er

8 — Herefter »det første spørgsmål«.

9 — Herefter »det andet spørgsmål«.

10 — Jf. direktivets artikel 2, litra a) og b).

11 — Bortset fra Liikenne.

omfattet af direktiv 92/50's anvendelsesområde.

24. Det fremgår således af disse bestemmelsers ordlyd, at overtagelse af landtransportvirksomhed som følge af en procedure for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler er en transaktion, der nødvendiggør indgåelsen af en gensidigt bebyrdende aftale mellem en ordregiver og en tjenesteyder.

25. Overførslen af virksomheden skal imidlertid i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 være resultatet af en overdragelse eller en fusion. Direktivet fastsætter ikke udtrykkeligt andre betingelser, der pålægges parterne i transaktionen. Det fremgår senere, at den manglende direkte forbindelse mellem overdrageren og erhververen ikke i princippet udelukker en anvendelse af direktiv 77/187.

26. En samlet læsning af disse bestemmelser viser således, at en transaktion, der er omfattet af direktiv 92/50, kan være omfattet af direktiv 77/187's materielle anvendelsesområde, såfremt de øvrige betingelser, som dette direktiv fastsætter [12], er opfyldt.

27. Den forelæggende ret har imidlertid bemærket, at direktiv 77/187's målsætning består i at beskytte arbejdstagernes rettigheder, og at direktiv 92/50 har til formål at garantere princippet om fri konkurrence inden for rammerne af den særlige procedure for indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler. Den forelæggende ret er af den opfattelse, at anvendelsen af direktiv 77/187 kan hindre konkurrencen mellem virksomheder og således skade formålet med direktiv 92/50. Ifølge retten kan »indgivelse af bud om indgåelse af en offentlig tjenesteydelsesaftale og procedurens effektivitet [...] påvirkes af, at det ikke er muligt på forhånd at fastslå de udgifter, som er forbundet med arbejdstagere, som eventuelt overføres, og andre udgifter« [13].

28. Jeg mener ikke, at de to direktiver er uforenelige på grund af deres formål.

29. Direktiv 92/50 har til formål at ophæve de fremgangsmåder, der begrænser konkurrencen mellem tjenesteyderne og andre medlemsstaters statsborgeres deltagelse på markedet.

30. For at nå disse mål gennemfører direktiverne regler, der finder ensartet anvendelse på hele Fællesskabets område for alle erhvervsdrivende.

12 — Jeg behandler disse punkter nærmere under det andet spørgsmål.

13 — Se punkt 23 i den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen.

31. Ligeledes har direktiv 77/187 som mål at beskytte lønmodtagere i forbindelse med overførsel af virksomheder ved at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver [14].

32. Den forelæggende rets betænkelighed ved, at anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 77/187 i forbindelse med en udbudsprocedure skulle påvirke den effektive virkning af direktiv 92/50 [15], synes ikke begrundet.

33. Formålet med direktiv 92/50 er faktisk ikke at tillade, at økonomiske enheder overtages til skade for lønmodtagernes rettigheder, men at give de tjenesteydere, der ønsker at konkurrere om fordelingen af det foreliggende marked, lige konkurrencevilkår.

34. Så snart et tilbud er accepteret, er den bydende [16], der blev tildelt den kontrakt, der blev konkurreret om, forpligtet til at respektere lønmodtagernes rettigheder, således som det er fastsat i direktivet. Anvendelsen af de samme regler, uanset retstillingen for og nationaliteten af de tjenesteydere, der agter at konkurrere, kan ikke af denne grund placere dem i en situation med ulige konkurrencevilkår, men tværtimod tvinge dem til at overholde de samme regler. Direktivet tillader således en lige behandling af disse sidste.

35. Jeg er ikke overbevist af argumentet om, at retssikkerhedsprincippet er til hinder for anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 77/187 i sammenhæng med direktiv 92/50 [17]. Tilbudsgiveren ved, inden han afgiver tilbud, om han skal købe aktiver — materielle eller immaterielle — af den virksomhed, der hidtil har haft kontrakten, eller om han er forpligtet til at ansætte alle eller en del af denne virksomheds personale. Han ved ligeledes, at der sker en overførsel af virksomheden i direktivets artikel 1, stk. 1's forstand, hvis han overtager væsentlige dele af den overdragende virksomhed, der er nødvendige for driften af aktiviteten [18]. I et sådant tilfælde medtager han udgifterne hertil, når han beregner beløbet i sit bud.

36. Den læsning af bestemmelserne, der således tillader anvendelsen af direktiv 77/187 i sammenhæng med direktiv 92/50, sikrer derfor ikke kun overholdelse af lige konkurrencevilkår for alle erhvervs-

14 — Se dom af 26.9.2000, sag C-175/99, Mayeur, Sml. I, s. 7755, præmis 44.

15 — Se dette forslag til afgørelse, punkt 27.

16 — Ved ordet »bydende« forstås en tjenesteyder, der har afgivet bud [artikel 1, litra c), i direktiv 92/50].

17 — Se dette forslag til afgørelse, punkt 27, og Liikenne's argumenter under den mundtlige forhandling.

18 — Se min afsluttende redegørelse under behandlingen af det andet spørgsmål.

drivende, men garanterer ligeledes arbejdstagernes rettigheder, der ikke tilføjes skade ved ændring af arbejdsgiveren som følge af overførslen af virksomhed. En sådan fortolkning forliger således fuldstændigt direktiv 77/187's målsætning med den med direktiv 92/50 forfulgte målsætning.

37. Til gengæld skader den fortolkning, der forkaster anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 77/187, blot fordi direktiv 92/50 finder anvendelse, formålet med beskyttelse af arbejdstagere i tilfælde med overførsel af virksomhed i henhold til direktiv 77/187 og sikrer ikke på korrekt vis direktiv 92/50's formål. Dette direktivs formål består, som jeg har redegjort for, i det væsentlige i at garantere, at der gælder lige konkurrencevilkår for de erhvervsdrivende, men det pålægger på ingen måde medlemsstaterne at gøre indgreb i arbejdstagernes rettigheder.

38. Jeg mener derfor ikke, at denne fortolkning kan tages til følge af Domstolen.

39. Det fremgår af de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har beskrevet, at aktiviteten er blevet overført som følge af en gensidig kontrakt mellem en ordregivende myndighed og en tilbudsgiver, og at aktiviteten netop består i landtransport. Et sådant tilfælde er således i princippet omfattet af direktiv 77/187's materielle anvendelsesområde.

40. Det følger af ovenstående, at bestemmelserne i direktiv 77/187 kan finde anvendelse i sammenhæng med direktiv 92/50, såfremt de øvrige betingelser, som direktiv 77/187 fastsætter — og som jeg vil redegøre for — i øvrigt er opfyldt.

Besvarelse af det andet spørgsmål

41. Den forelæggende ret anmoder Domstolen om at fremkomme med yderligere oplysninger om de nødvendige betingelser for anvendelse af direktiv 77/187. Retten spørger først, om der foreligger »overdragelse af virksomhed« i direktivets artikel 1, stk. 1's forstand, når der i forbindelse med tilbudsgiverens overtagelse af den økonomiske aktivitet i henhold til direktiv 92/50 ikke er nogen overenskomst mellem tilbudsgiveren og den hidtidige arbejdsgiver. Retten ønsker herefter at få oplyst, om der foreligger en »overførsel af virksomhed« i direktivets artikel 1, stk. 1's forstand, hvis der ikke er sket nogen overdragelse af væsentlige aktiver mellem tilbudsgiveren og den hidtidige arbejdsgiver.

a) Begrebet overdragelse

42. Jeg har for nylig [19] redegjort for Domstolens praksis [20] på dette område. Jeg har i overensstemmelse med direktivets formål [21] anført, at dette begreb skulle forstås tilstrækkeligt bredt for at svare til det ved direktivet fastsatte formål.

43. Jeg har understreget, at det afgørende kriterium i henhold til Domstolens faste praksis ved bedømmelsen af, om betingelsen om en »overdragelse« i direktivets forstand var opfyldt, bestod i at kunne fastslå en ændring af den privatretlige eller offentligretlige, juridiske eller fysiske person, der er ansvarlig for driften af virksomheden, og som har arbejdsgiverforpligtelser over for den overtagne virksomheds arbejdstagere. For mig forekom det derfor som om manglen på en direkte aftalemæssig forbindelse mellem de to virksomheder, der har afløst hinanden som arbejdsgiver for lønmodtagerne, ikke i sig selv kan fratage lønmodtagerne de rettigheder, de har i henhold til direktivet.

44. Domstolen har i Mayeur-dommen bekræftet sin tidligere retspraksis. Domstolen fastslog, at »[s]elv om den omstændighed, at der ikke foreligger et kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, kan pege i retning af, at der ikke i henhold til direktiv 77/187 foreligger en overførsel, er dette imidlertid ikke afgørende i denne forbindelse« [22]. Domstolen har ligeledes præciseret, at »[d]irektiv 77/187 finder således anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden« [23].

45. I denne sag er det ubestridt, at der ikke foreligger nogen direkte aftalemæssig forbindelse mellem Hakunilan Liikenne og Liikenne, men at Liikenne har overtaget alle de af Hakunilan Liikenne hidtil udførte aktiviteter. Det er ligeledes ubestridt, at denne overtagelse alene var mulig på grund af indgåelsen af en gensidig kontrakt — i denne sag en koncession — mellem den privatretlige juridiske person Liikenne og den offentligretlige juridiske person YTV.

46. Disse faktiske omstændigheder kan sammenlignes med omstændighederne i sagen Hidalgo m.fl. I denne sag har Domstolen imidlertid ligesom i Mayeur-dom-

19 — Se mit forslag til afgørelse af 13.6.2000 i Mayeur-sagen, punkt 39-47.

20 — Se bl.a. dom af 10.2.1988, sag 324/86, Tellerup, kaldet »Daddy's Dance Hall«, Sml. s. 739, af 19.5.1992, sag C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189, af 11.3.1997, sag C-13/95, Süzen, Sml. I, s. 1259, præmis 11, og af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Hidalgo m.fl., Sml. I, s. 8237, præmis 22.

21 — Se navnlig Mayeur-dommen, præmis 44.

22 — Præmis 45.

23 — Præmis 46.

men fastslået, at »[s]elv om den omstændighed, at der ikke foreligger et kontraktforhold [...] mellem de to virksomheder, hvor først den ene og derefter den anden har fået overdraget [af en kommune, en offentligretlig juridisk person] udførelsen af hjemmehjælpen eller bevogtningen af sanitetsdepotet — kan pege i retning af, at der ikke i henhold til direktiv 77/187 foreligger en overførsel, er det imidlertid ikke afgørende i denne forbindelse« [24].

47. Det fremgår af ovenstående redegørelse, at den omstændighed, at der ikke foreligger et direkte kontraktforhold mellem de to virksomheder, hvor først den ene og derefter den anden af en offentligretlig juridisk person har fået overdraget udførelsen af landtransport — i denne sag driften af lokale busruter — som følge af en procedure for tildeling af en offentlig tjenesteydelsesaftale i overensstemmelse med direktiv 92/50, er ikke til hinder for, at direktiv 77/187 finder anvendelse, når de øvrige betingelser i dette direktiv ellers er opfyldt.

b) Begrebet overførsel af virksomhed

48. Domstolen har stedse fastslået, at »[d]et afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet [efter overførslen...]« [25].

49. Domstolen har ligeledes ved bedømmelsen af, om dette krav er overholdt, anført, at »den omstændighed, at de aktiviteter, som udøves af den gamle og den nye arbejdsgiver, er de samme [...] ikke i sig selv er tilstrækkelig til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed. En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udøver. Dens identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over« [26]. Ifølge Domstolen omfatter begrebet økonomisk enhed en *organiseret helhed* af *personer og aktiver*, der gør det muligt at udøve en *økonomisk virksomhed* med et selvstændigt formål [27].

50. To betingelser skal således være opfyldt for, at det kan fastslås, at virksomheden har bevaret sin identitet efter overførslen.

51. For det første skal erhververen fortsætte den samme økonomiske virksomhed, som tidligere blev drevet af overdrageren,

24 — Præmis 22.

25 — Se Mayeur-dommen, præmis 44.

26 — Samme sted, præmis 49.

27 — Süzen-dommen, præmis 13.

eller en tilsvarende virksomhed. Denne første betingelse kunne kaldes »identisk virksomhed«.

52. For det andet skal helheden af de midler, der skal anvendes for at udøve den pågældende virksomhed — eller de midler, der er strengt nødvendige for udøvelsen af denne virksomhed — under hensyn til den pågældende overdragne virksomheds egenart, være blevet overdraget. Denne anden betingelse kunne kaldes »identisk helhed«.

53. Efterprøvelsen af, om betingelserne er overholdt, indebærer nødvendigvis, at der skal tages hensyn til rent faktiske omstændigheder. En sådan bedømmelse falder uden tvivl ind under den nationale rets kompetence og ikke under Domstolens. Domstolen har adskillige gange fastslået dette, bl.a. i den nye Mayeur-dom [28].

54. Domstolen har dog for at hjælpe den nationale ret i udførelsen af dens opgave opregnet en række af de faktiske omstændigheder, der kan tages i betragtning af den nationale ret ved bedømmelsen af en transaktion som »overførsel af virksomhed«.

55. Under disse omstændigheder forekommer således »hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af de materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, og hvor længe disse eventuelt har været indstillet« [29].

56. Domstolen har fortsat med det formål at hjælpe den nationale ret med at udføre sin opgave besluttet at følge en bestemt metode.

57. Domstolen har anført, at »[a]lle disse omstændigheder kan dog kun indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret« [30].

58. Domstolen har i øvrigt understreget, at den nationale ret, inden for rammerne af dens anerkendte kompetence, skal afveje, hvilken vægt der skal tillægges de forskel-

28 — Præmis 52.

29 — Samme sted.

30 — Samme sted.

lige påberåbte elementer, afhængigt af omstændighederne [31] og af den overdragne økonomiske enheds egenart [32], dvs. at der navnlig skal tages hensyn til den branche, virksomheden er i. Den nationale ret skal således afgøre, hvilke elementer der er væsentlige og strengt nødvendige for at sikre den økonomiske enheds drift, og efterprøve, om disse elementer er blevet overtaget af erhververen.

59. Selv om Domstolen i princippet måtte finde, at en organiseret økonomisk enhed forudsætter en helhed af arbejdstagere og væsentlige aktiver — materielle eller immaterielle elementer — har den imidlertid anerkendt, at en sådan enhed kunne drives uden alle de aktiver, der fandtes i den gamle virksomhed. Domstolen har bl.a. anerkendt dette for de særlige brancher rengøring og bevogtning [33].

60. Da Domstolen har anerkendt, at en økonomisk enhed i visse brancher kan eksistere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, kan det ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter transaktionen, at der overdrages sådanne aktiver, som hypotetisk mangler. Dette har Domstolen præciseret i Süzen-dommen [34].

61. Det er ubestridt, hvilket også er anerkendt af alle procesdeltagerne i denne sag, at den virksomhed, som udøves af de virksomheder, der har efterfulgt hinanden i denne sag, bestod af den samme økonomiske virksomhed [35]. Det drejer sig om driften af syv lokale busruter. Den første betingelse i henhold til Domstolens praksis — om identisk økonomisk virksomhed — er således opfyldt.

62. Procesdeltagerne er derimod ikke enige om, hvorvidt den anden betingelse — om identisk enhed — er opfyldt.

63. Det er ubestridt, at hovedparten af virksomhedens personale er blevet overtaget af Liikenne. Det er også ubestridt, at Liikenne's overtagelse af den af Hakunilan Liikenne drevne virksomhed ikke var ledsaget af en overdragelse af de aktiver, der hørte med til driften af de pågældende busruter [36].

31 — Se bl.a. dom af 2.12.1999, sag C-234/99, Allen m.fl., Sml. I, s. 8643, præmis 28, og Süzen-dommen, præmis 18.

32 — Se bl.a. Hidalgo-dommen, præmis 29, og Süzen-dommen, præmis 18.

33 — Se bl.a. Hidalgo-dommen, præmis 26.

34 — Præmis 18.

35 — Vedrørende begrebet »økonomisk virksomhed« i direktivets forstand, se Mayeur-dommen, præmis 39 og 40, og mit forslag til afgørelse i samme sag, punkt 56-61.

36 — Se den danske oversættelse af forelæggelseskendelsen, punkt 3 og 4.

64. Besvarelsen af dette spørgsmål kræver, at den nationale ret følger den af Domstolen fastsatte metode.

65. For det første skal retten bedømme *de samlede omstændigheder i forbindelse med den pågældende transaktion*. For at gøre dette skal retten tage hensyn til, at overførslen af denne virksomhed *ikke var ledsaget af en overførsel af materielle elementer*, men at hovedparten af virksomhedens personale, der hidtil havde udøvet denne virksomhed, til gengæld er blevet genansat af tilbudsgiveren. Retten skal ligeledes interessere sig for egenarten af den virksomhed, der berøres af overførslen, det vil sige for det forhold, at det drejer sig om en virksomhed, der driver lokale busruter. Retten kunne også tage hensyn til andre elementer. For eksempel kunne retten efterprøve, om kundekredsen i det hele er blevet overtaget af Liikenne, og afgøre den økonomiske værdi af dette immaterielle aktiv i den overdragne enhed.

66. For det andet skal den nationale ret *afveje, hvilken vægt de forskellige elementer skal tillægges* [37]. For at gøre dette skal retten fastslå, hvad der karakteriserer — eller nærmere hvad der kendetegner — den økonomiske enhed, der er genstand for den omtvistede transaktion, i den foreliggende sag en bustransportvirksomhed, der først blev drevet af Hakunilan Liikenne og derefter af Liikenne.

67. Kommissionen er af den opfattelse, at »arbejdskraften« udgør nøgleelementet i den tjenesteydelse, der er tilbudt i denne sag, nemlig bustransport. De busser, som ikke blev endelig overtaget af Liikenne, har alene en rent accessorisk karakter. Kommissionen har endelig anført, at bustransportvirksomheden er en virksomhed, der i det væsentlige bygger på arbejdskraften.

68. Det tilkommer ikke mig at træde i stedet for den nationale ret, der er den eneste, der har kompetence til at besvare, hvorvidt den pågældende økonomiske enhed i denne sag har bevaret sin identitet efter overførslen. Dette svar fører netop til, at der skal foretages en rent faktuel bedømmelse af en konkret situation. Jeg mener dog, at den forelæggende rets opmærksomhed skal henledes på følgende punkter.

69. Jeg mener i modsætning til Kommissionen ikke, at nøgleelementet i en økonomisk enhed som en tjenesteydende transportvirksomhed, der driver lokale busruter, er dens arbejdskraft. Efter min opfattelse er det væsentlige element, som en sådan

37 — Det kan bl.a. være, at det overtagne personale har meget specifikke kvalifikationer eller kompetencer, der er strengt nødvendige for udøvelsen af den pågældende virksomhed. I så fald kunne det være meget vanskeligt at finde personale med denne slags kompetencer på arbejdsmarkedet. Det væsentlige element, der karakteriserer den pågældende økonomiske enhed består derfor ikke i aktiverne, men i et personale, der har kompetencer, der er specifikke og sjældne på arbejdsmarkedet.

økonomisk enhed ikke kan drives uden, i princippet dens vognpark — lastbiler, biler, busser [...] — og ikke dens personale [38].

70. I øvrigt skal den nationale ret gøres opmærksom på, som Domstolen stedse har fastslået, at en økonomisk enhed i princippet forudsætter eksistensen ikke blot af personale, men ligeledes af materielle eller immaterielle aktiver [39]. Ligeledes har Domstolen stedse fastslået, at det ikke, blot fordi en økonomisk enhed ikke råder over noget aktiv og i det væsentlige er karakteriseret ved sit personale, det vil sige i særlige tilfælde, kan fastslås, at den manglende overdragelse af aktiver ikke hindrer anvendelsen af direktivets bestemmelser [40]. Det skal derfor konkluderes, at når en virksomhed ejer væsentlige aktiver, der er strengt nødvendige for dens drift, kan den omstændighed, at der ikke er sket overdragelse af disse aktiver, i princippet medføre, at transaktionen ikke skal anses for at henhøre under anvendelsesområdet for direktivets artikel 1, stk. 1.

71. Det fremgår af ovenstående, at i tilfælde, hvor den økonomiske enhed, der overdrager sin virksomhed, råder over væsentlige aktiver, er princippet om, at den manglende overførsel af disse elementer fra overdrageren til erhververen kan være til hinder for anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 77/187, blevet fastslået af Domstolen.

72. Det synes dog at måtte anerkendes, at Kommissionens argumentation fratager dette princip enhver effektiv virkning.

73. Jeg mener derfor ikke, at det ville være i overensstemmelse med Domstolens fortolkning af direktivet samt af den pågældende enheds økonomiske virkelighed at følge det forslag, Kommissionen er fremkommet med i dens indlæg.

74. Det fremgår af ovenstående redegørelse, at den manglende overdragelse af væsentlige aktiver fra en virksomhed, der driver lokal bustransport, til en anden virksomhed af samme art ikke kan føre til anvendelse af direktiv 77/187.

38 — Min opfattelse kunne have været anderledes, hvis den pågældende transportvirksomhed havde krævet særlig kompetence hos det personale, der skulle udføre opgaven. For eksempel kræves der ved transport af farligt materiale en specifik uddannelse hos det pågældende personale. I så fald vil det være umuligt umiddelbart at erstatte den overdragne virksomheds personale med andet personale, der ikke har denne kompetence, idet disse sidste har en forpligtelse til at modtage yderligere uddannelse. Ligeledes er det i visse tilfælde ikke udelukket, at personalet kunne udgøre nøgleelementet i den pågældende økonomiske enhed, der er berørt af overførslen af transportvirksomhed. Jeg mener endelig, at overtagelsen af personale i sådanne tilfælde uden overtagelse af væsentlige aktiver fra denne enhed ikke hindrer anvendelsen af direktivets artikel 1, stk. 1.

39 — Se senest i Mayeur-dommen, præmis 32.

40 — Se Süzen-dommen, præmis 17 og 18.

Forslag til afgørelse

75. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de af Korkein oikeus stillede spørgsmål således:

»1) Den omstændighed, at en virksomhed, der er en privatretlig juridisk person, overtager en landtransportvirksomhed — i denne sag drift af lokale busruter — der hidtil har været drevet af en anden virksomhed, der er en privatretlig juridisk person, som følge af en procedure for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler i henhold til Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler, kan være omfattet af det materielle anvendelsesområde 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, som fastlagt ved dets artikel 1, stk. 1.

2) Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at

a) det kan finde anvendelse ved manglende direkte aftalemæssig forbindelse mellem to virksomheder, der efter hinanden i henhold til en procedure for tildeling af offentlige tjenesteydelsesaftaler i henhold til direktiv 92/50 har fået tildelt landtransport — i denne sag drift af lokale busruter — af en offentligretlig juridisk person

b) det ikke finder anvendelse ved manglende overdragelse af væsentlige aktiver mellem de to ovennævnte virksomheder.«