FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

fremsat den 11. juni 1996 *

A — Indledning

1. Den foreliggende sag drejer sig om den første anmodning om præjudiciel afgørelse fra de nye tyske delstater. Den er blevet forelagt Domstolen af Arbeitsgericht Halberstadt i medfør af EØF-traktatens artikel 177 med spørgsmål om fortolkningen 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 [1].

2. Hovedsagen er anlagt af Annette Henke mod Gemeinde Schierke (Schierke kommune) [2] og Verwaltungsgemeinschaft (forvaltningsfællesskab) »Brocken«. Sagsøgeren var fra maj 1992 ansat som borgmestersekretær i Schierke kommune. Sagsøgerens advokat har endvidere under den mundtlige forhandling anført, at hun var beskæftiget som sekretær og sagsbehandler på området for erhvervsfremme og turisme. Advokaten har endvidere anført, at hun ikke var den eneste ansatte i den kommunale forvaltning, hvilket allerede kan udledes af den omstændighed — som nævnt i processkrifterne — at der i Schierke kommune fandtes en personalechef.

3. Den 1. juli 1994 oprettede Schierke kommune sammen med andre kommuner i regionen Verwaltungsgemeinschaft »Brocken«. Denne mulighed eksisterer i medfør af §§ 75 ff. i Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt af 5. oktober 1993 [3] (lov om regulering af kommunernes retsforhold i delstaten Sachsen-Anhalt, herefter »GO LSA«). Et således ved en offentligretlig aftale oprettet forvaltningsfællesskab har som offentligretligt organ retsevne med arbejdsgiverbeføjelser. Det bliver dannet med henblik på at forbedre det administrative arbejde i de mindre kommuner. Det skal bl. a. udføre opgaverne inden for den del af medlemskommunernes kompetenceområde, det har fået overdraget. Forvaltningsfællesskabet kan dog også udføre opgaver inden for medlemskommunernes eget kompetenceområde, som medlemskommunerne overdrager til forvalt-

* Originalsprog: tysk.

1 — EFT L 61, s. 26.

2 — Det drejer sig her om den samme kommune, som den, der er nævnt i Goethe's »Faust«. Mefistofeles tager Faust med til Valborgsnat i Harzen i »(die) Gegend von Schierke und Elend«. Se i den forbindelse: Goethe, Faust, Der Tragodie erster Teil, før linje 3835. Elend kommune hører ligeledes til Verwaltungsgemeinschaft »Brocken«.

3 — GVBl. LSA nr. 43/1993, s. 568 ff.

ningsfællesskabet. Kommunerne afgør selv, om — og i hvilket omfang — de vil overdrage sådanne opgaver.

4. I det foreliggende tilfælde blev alle Schierke kommunes opgaver overdraget til forvaltningsfællesskabet. Schierke kommunes forvaltning blev nedlagt, og alle dokumenter blev overført til forvaltningsfællesskabet. I Schierke blev den hidtidige, lønnede borgmester afløst af en ulønnet borgmester.

5. Sagsøgeren fik tilbudt en stilling i Verwaltungsgemeinschaft »Brocken«. Hun afslog den med den begrundelse, at hun kun kunne acceptere en stilling i selve Schierke, da hun skulle passe sit barn. Hun søgte en stilling i forvaltningsfællesskabets underafdeling i Schierke, men fik ikke stillingen. Annette Henke's advokat har under den mundtlige forhandling anført, at der i Schierke fortsat udføres opgaver vedrørende erhvervsfremme og turisme, sidstnævnte hovedsagelig for Schierke kommune selv.

6. Den 5. juli 1994 opsagde Schierke kommune Annette Henke's arbejdskontrakt. Derefter anlagde sagsøgeren sag ved Arbeitsgericht. Hun gjorde gældende, at hendes arbejdskontrakt ved oprettelsen af forvaltningsfællesskabet var overgået til forvaltningsfællesskabet, således at Schierke kommune ikke kunne opsige arbejdskontrakten.

7. Arbeitsgericht Halberstadt besluttede derefter at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Foreligger der en overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter efter artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977, når et kommunalt forvaltningsfællesskab, der er oprettet i henhold til § 75, stk. 1, i Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt af 5. oktober 1993 (GO LSA) (lov om regulering af kommunernes retsforhold i delstaten Sachsen-Anhalt, GVBl. LSA s. 568 ff.), udfører opgaverne inden for den del af medlemskommunernes kompetenceområde, det har fået overdraget, jf. § 77, stk. 1, i GO LSA, og udfører de opgaver inden for medlemskommunernes eget kompetenceområde, som er overdraget til forvaltningsfællesskabet i henhold til § 77, stk. 2, i GO LSA?

2) Såfremt spørgsmål 1) besvares bekræftende:

Beror overførslen på en overdragelse efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187/EØF, fordi forvaltningsfællesskabet er blevet oprettet ved offentligretlig aftale?«

B — Stillingtagen

8. Med anmodningen om fortolkning af direktivets artikel 1, stk. 1, ønsker den nationale ret oplysning om direktivets generelle anvendelsesområde.

Artikel 1, stk. 1, lyder således:

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

9. Deraf følger tre forudsætninger for, at direktivet kan anvendes:

— Der skal være tale om en virksomhed i direktivets forstand.

— Denne virksomhed skal være overført.

— Der skal i den forbindelse være tale om en overdragelse eller en fusion.

10. De to første forudsætninger skal undersøges i forbindelse med det første præjudicielle spørgsmål, mens det andet præjudicielle spørgsmål omhandler den tredje forudsætning.

Begrebet »virksomhed«

11. Jeg vil først behandle virksomhedsbegrebet i direktiv 77/187, da der i denne sammenhæng også opstår spørgsmål om direktivets generelle anvendelsesområde. Det skal herunder afgøres, om direktivet kan finde anvendelse på det offentligretlige område i medlemsstaterne, i det konkrete tilfælde på en kommunalforvaltning. Spørgsmålet er med andre ord, om en kommune kan være en virksomhed i direktivets forstand.

12. En definition af begrebet »virksomhed« findes hverken i selve direktivet eller et andet sted i den kodificerede fællesskabsret, bortset fra Euratom-traktatens artikel 196, som dog ikke er relevant her. Der findes imidlertid en omfattende praksis ved Domstolen vedrørende virksomhedsbegrebet. I den forbindelse skal der først sondres mellem forskel-

lige virksomhedsbegreber. Nogle domme beskæftiger sig med begrebet i sammenhæng med den frie udveksling af tjenesteydelser i henhold til EF-traktatens artikel 59, andre inden for rammerne af konkurrencereglerne i EF-traktatens artikel 85 ff.

13. Med hensyn til virksomhedsbegrebet i direktiv 77/187 skal der først henvises til dommen i Redmond Stichting-sagen [4]. I denne dom har Domstolen indirekte udtalt, at det ikke er en forudsætning for at anse en institution for en virksomhed i direktiv 77/187's forstand, at dens aktiviteter har et erhvervsmæssigt formål. Sagen drejede sig om en fond, der navnlig ydede støtte til stofmisbrugere, alkoholikere mv. Selv om fonden ikke havde noget erhvervsmæssigt formål, fastslog Domstolen, at der var tale om en »virksomhed«. Denne afgørelse blev i 1994 på ny bekræftet, da Domstolen i sag C-382/92 (Kommissionen mod Det Forenede Kongerige) [5] med hensyn til virksomhedsbegrebet i direktivet udtrykkeligt henviste til dommen i Redmond Stichting-sagen.

14. I disse to domme beskæftigede Domstolen sig imidlertid ikke med den offentlige forvaltnings område, og de giver derfor heller ikke nogen oplysninger om, hvorvidt direktivet finder anvendelse på dette område. Ud over udtalelsen om, at et erhvervsmæssigt formål ikke er nogen betingelse, nævner de ingen kriterier for undersøgelsen af, om der foreligger en virksomhed.

15. Det Forenede Kongerige har imidlertid under den mundtlige forhandling anført, at retspraksis vedrørende artikel 85 i relation til virksomhedsbegrebet kan overføres til direktiv 77/187. Det støtter sig herved til dommen i sag C-382/92 [6]. Domstolen bemærkede i denne dom til spørgsmålet, om et erhvervsmæssigt formål er en betingelse, at den allerede, i hvert fald indirekte, i konkurrenceretlig sammenhæng og i socialretlig sammenhæng har antaget, at der ikke gælder en sådan betingelse. Deraf slutter Det Forenede Kongerige, at Domstolens praksis vedrørende virksomhedsbegrebet i artikel 85 også finder anvendelse på begrebet »virksomhed« i direktiv 77/187.

16. Det forekommer mig tvivlsomt, om man kan drage så vidtrækkende konklusioner alene af den anførte formulering. I øvrigt ville dette i det foreliggende tilfælde heller ikke føre meget videre, da det heller ikke i forbindelse med artikel 85 er blevet afgjort, om en del af den offentlige forvaltning, f.eks. en kommune, er en virksomhed i artikel 85's

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

5 — Dom af 8.6.1994, Sml. I, s. 2435, præmis 44.

6 — Jf. ovenfor, note 5.

forstand. Dommen i General Motors-sagen [7] drejede sig ganske vist om en privat virksomheds udførelse af offentligretlige opgaver. I den forbindelse blev artikel 86 i det konkrete tilfælde anset for anvendelig, og dermed blev det ikke udelukket, at der forelå en »virksomhed«. Det skal bemærkes, at sagen ikke drejede sig om, hvorvidt et organ, der normalt varetager de offentligretlige funktioner, skal anses for en virksomhed, idet der tværtimod var tale om præcis den modsatte situation. Allerede af denne grund forekommer det mig på dette sted ikke at være til stor hjælp at ty til retspraksis vedrørende artikel 85. Dette gælder så meget mere, som Domstolen selv, som Kommissionen korrekt anfører, har opstillet den generelle regel, at begrebet »virksomhed« skal defineres under hensyn til formålet med de pågældende fællesskabsbestemmelser og deres praktiske virkning [8]. Dette betyder i det foreliggende tilfælde, at man på grundlag af selve direktivet skal afgøre, om det finder anvendelse på en kommunalforvaltning.

17. Forbundsregeringen udelukker på forhånd en sådan anvendelse. Efter dens opfattelse omfatter direktivet ikke udøvelse af offentlig myndighed som den, der blev udøvet af den tidligere, lønnede borgmester i Schierke kommune. Den henviser herved til, at borgmesteren er ansvarlig for udstedelse af byggetilladelser, den økonomiske forvaltning og ejendomsforvaltningen samt for behandling af kommunens retssager. Disse opgaver er et led i det kommunale selvstyre, hvorfor borgmesteren i hvert fald (også) udøver myndighed. Ifølge Domstolens praksis skal der ved overførsel af en virksomhed imidlertid være tale om overdragelse af en *økonomisk* enhed. Dette betyder, at der skal være en sammenhæng med udøvelse af en økonomisk virksomhed.

18. Som et yderligere argument anfører forbundsregeringen, at direktivet er udstedt i medfør af EF-traktatens artikel 100. Denne artikel giver hjemmel til direktiver om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, »der direkte indvirker på det fælles markeds oprettelse eller funktion«. Ved udførelsen af deres opgaver som myndighed deltager kommunerne imidlertid netop ikke i fællesmarkedet. Der er heller ikke nogen forbindelse mellem kommunal myndighedsudøvelse og Fællesskabets virke i henhold til EF-traktatens artikel 3.

19. Endvidere anfører forbundsregeringen, at den kommunale virksomhed er reguleret endeligt ved national lovgivning, hvorfor den ikke kan være en del af Fællesskabets økonomiske system og heller ikke kan reguleres af Rådet.

7 — Dom af 13.11.1975, sag 26/75, General Motors, Sml. s. 1367.

8 — Dom af 2.10.1991, sag C-7/90, Vandevenne, Sml. I, s. 4371, præmis 6.

20. Ordlyden af direktivet taler efter forbundsregeringens opfattelse ligeledes imod en anvendelse i det foreliggende tilfælde. Der tales i direktivet om »virksomheder«, »bedrifter«, »dele af bedrifter« og om »ny indehaver«. Der benyttes således begreber, som ikke kan anvendes i forbindelse med det foreliggende tilfælde.

21. Endvidere er forbundsregeringen af den opfattelse, at det heller ikke var nødvendigt i direktivet at bestemme, at arbejdstagere i den offentlige forvaltning ikke er omfattet, da det i forvejen kun drejer sig om overdragelse af økonomiske enheder, og direktivet ifølge bestemmelsernes formål derfor ikke skulle finde anvendelse på området for den offentlige forvaltning.

22. Det forekommer mig ikke rigtigt generelt at afvise, at direktivet kan finde anvendelse på det foreliggende tilfælde, således som forbundsregeringen gør. Det bestrides ikke — heller ikke af forbundsregeringen — at en kommune udmærket kan drive økonomisk virksomhed. Sagsøgerens advokat har under den mundtlige forhandling nævnt nogle eksempler på kommunale opgaver, som har erhvervsmæssig karakter. Det drejer sig om salg, udlejning eller forpagtning af kommunalt ejede grunde, ejendomme eller boliger, udlejning af kommunale lokaler til private festarrangører, aktiviteter til fremme af turisme som en art reklamemanagement og mange tjenesteydelser, der udøves mod vederlag, som f.eks. børneinstitutioner, kulturelle tilbud, drift af parkeringsanlæg og lokal offentlig personbefordring. Hertil kommer de klassiske områder som renovation og vandforsyning. Det vil sige, at selv om man betragter udøvelse af økonomisk virksomhed som en forudsætning for anvendelse af direktivet, ville man absolut kunne behandle en kommune som virksomhed i direktivets forstand. Det er derfor tvivlsomt, om man skal holde kommunen og dens ansatte uden for direktivets anvendelsesområde, alene fordi kommunen også udøver offentlig myndighed. Dette er så meget mere tvivlsomt, som kommunerne — som anført af sagsøgerens advokat under den mundtlige forhandling — ifølge Gemeindeordnung og delstaten Sachsen-Anhalt's forfatning ikke udøver offentlig myndighed i snævrere forstand (politi, straffuldbyrdelse, militær).

23. Man kan heller ikke afvise, at direktivet finder anvendelse på kommunal virksomhed — således som forbundsregeringen gør — med den begrundelse, at Rådet ikke har kompetence til at fastsætte bestemmelser for dette område. Det drejer sig her som udgangspunkt ikke om et rådsdirektiv om det offentlige område, men om et direktiv om beskyttelse af arbejdstagere, som eventuelt omfatter den offentlige forvaltning. Det vil — om nødvendigt — senere skulle undersøges, om hjemmelen til direktivet, nemlig EF-traktatens artikel 100, er tilstrækkelig hertil.

24. Til forbundsregeringens argument vedrørende undtagelse fra anvendelsesområdet kan der ligeledes findes overbevisende modargumenter. Det er således Kommissionens opfattelse, at direktivet netop finder anvendelse på den offentlige forvaltnings område, fordi dette område ikke udtrykkeligt er undtaget. Som eksempel nævner den direktivet om lovgivning vedrørende kollektive afskedigelser [9], hvori området for den offentlige forvaltning udtrykkeligt er undtaget. I direktiv 77/187 er der kun anført én undtagelse, nemlig i artikel 1, stk. 3, som drejer sig om søgående skibe. Derfor er Kommissionen af den opfattelse, at direktivet principielt finder anvendelse på området for den offentlige forvaltning.

25. Kommissionen sondrer dog også mellem forskellige områder, alt efter om der udøves offentlig myndighed i den i Domstolens praksis anførte betydning eller ikke. Efter Kommissionens opfattelse er det derfor kun ren myndighedsudøvelse, f.eks. borgmesterens, politiets eller fængselspersonalets, der ikke er omfattet af direktiv 77/187. Derimod er de dele af forvaltningen, der i klassisk forstand driver økonomisk virksomhed, f.eks. egne foretagender som renovation, vandværker og trafikselskaber, omfattet af direktivet; men også områder med myndighedsudøvelse hører hertil, nemlig når arbejdet udføres af personer, som i henhold til nationale arbejdsretlige bestemmelser er beskyttet som arbejdstagere (dette gælder efter Kommissionens opfattelse f.eks. borgmesterens sekretær, der er beskæftiget som funktionær), eller når arbejdet udføres af personer, som ifølge Domstolens praksis ikke udøver offentlig myndighed, og hvis arbejde i princippet ville kunne udføres af en privat virksomhed med økonomisk sigte. Herunder henregner Kommissionen f.eks. det arbejde, der udføres af borgmesterens tjenestemandsansatte sekretær, idet dette arbejde ligeledes ville kunne udføres af en ekstern kontorservicevirksomhed.

26. Selv i tilfælde af, at der ubestridt foreligger udøvelse af offentlig myndighed, finder direktivet ifølge Kommissionen anvendelse, såfremt området er organiseret privatretligt. Som eksempel nævner Kommissionen i den forbindelse privatisering af statsfængsler.

27. Det Forenede Kongerige gav udtryk for en lignende opfattelse under den mundtlige forhandling. I den forbindelse blev der ganske vist ikke skelnet klart mellem virksomhedsbegrebet og begrebet overførsel af en sådan virksomhed, men alligevel kan det af det anførte udledes, at en afdeling, der hovedsagelig eller udelukkende udøver statslige aktiviteter, dvs. aktiviteter, som efter

9 — Rådets direktiv 75/129/EØF af 17.2.1975 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser (EFT L 48, s. 29), senest ændret ved Rådets direktiv 92/56/EØF af 24.6.1992 (EFT L 245, s. 3).

deres karakter ikke er økonomisk virksomhed, ikke er omfattet af direktivets anvendelsesområde. Henvisningen til Eurocontrol-sagen [10] viser ligeledes, at der efter Det Forenede Kongeriges opfattelse skal foretages en sondring mellem udøvelse af offentlig myndighed og aktiviteter, der ikke indebærer udøvelse af offentlig myndighed. I denne dom blev arbejde i forbindelse med kontrol og overvågning af luftrummet anset for udøvelse af beføjelser, der typisk henregnes til offentlig myndighed og ikke er økonomisk virksomhed.

28. Hertil skal bemærkes, at denne dom drejer sig om virksomhedsbegrebet i artikel 85. Som allerede anført ovenfor er det tvivlsomt, om dette begreb kan overføres til direktivet. Det skal dog fastholdes, at anvendelsen af direktivet efter Det Forenede Kongeriges opfattelse skal gøres afhængig af, om der udøves økonomisk virksomhed eller en virksomhed, som typisk udøves af en offentlig forvaltning.

29. Kriteriet udøvelse af offentlig myndighed eller den offentlige forvaltnings typiske virksomhed forekommer mig ikke at være det rigtige udgangspunkt for fastlæggelsen af begrebet virksomhed i direktiv 77/187. Det følger efter min mening allerede af rent praktiske grunde. Bortset fra det klassiske område for det offentliges egne virksomheder og området for ren myndighedsudøvelse forekommer afgrænsningen mig i det enkelte tilfælde meget vanskelig og ikke altid gennemførlig. For selv på området for udøvelse af offentlig myndighed er der i de senere år sket en enorm forandring. Aktiviteter, der for nogle år siden stadig blev anset for ren udøvelse af offentlig myndighed, er i mellemtiden blevet lagt ud til private virksomheder. Som eksempel kan jeg her nævne Deutsche Bundespost, som nu er blevet privatiseret (Telekom, Post-Bank, Post-AG), skønt man for få år siden stadig gik ud fra, at Bundespost udførte rent offentlige opgaver. Kommissionen nævner selv yderligere et eksempel, nemlig privatiseringen af fængselsvæsenet. Det er således meget vanskeligt at definere kriteriet udøvelse af offentlig myndighed, da det hele tiden forandres. Hvad der i dag opfattes som rene offentlige opgaver, kan allerede om få år blive udført af en privat virksomhed med et økonomisk sigte. I den forbindelse er det heller ikke udelukket, at opgaver, som udføres af en privat virksomhed, om nogen tid igen vil blive betragtet som offentlige opgaver. Det kan derfor dårligt begrundes, hvorfor de ansatte, som udfører dette arbejde, først er omfattet af beskyttelsen i henhold til direktivet og efter ændringen af opfattelsen med hensyn til arbejdets karakter af udøvelse af offentlig myndighed ikke længere skal nyde godt af denne beskyttelse. Endvidere er det tvivlsomt, hvorledes en arbejdstager ville skulle klassificeres, såfremt han både udøver offentlig myndighed og økonomisk virksomhed.

10 — Dom af 19.1.1994, sag C-364/92, SAT mod Eurocontrol, Sml. I, s. 43.

30. Derfor forekommer et andet udgangspunkt mig at være mere velegnet. Efter min opfattelse er det mere hensigtsmæssigt på grundlag af direktivets formål at undersøge, om en kommune kan være en virksomhed i direktivets forstand. Som Domstolen allerede har udtalt [11], følger det af betragtningerne til direktiv 77/187, at det har til formål at forhindre, at omstruktureringen inden for fællesmarkedet sker på bekostning af arbejdstagerne i de berørte virksomheder. Beskyttelsen af arbejdstagerne er således det vigtigste. At direktivet har en socialretlig betydning følger endvidere af, at det — som det også er blevet anført af Kommissionen — blev bebudet i Rådets resolution om et arbejdsmarkedsmæssigt og socialt handlingsprogram [12].

31. I fjerde betragtning til direktivet henvises der ganske vist til, at forskellene mellem medlemsstaterne for så vidt angår omfanget af beskyttelsen af arbejdstagerne kan indvirke direkte på det fælles markeds funktion. Deraf følger dog ikke, at direktivet kun har til formål at sikre fællesmarkedets funktion. Det drejer sig tværtimod hovedsagelig om beskyttelse af arbejdstagerne ved overførsel af virksomheder.

11 — Dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469, præmis 18.
12 — EFT C 13 af 12.2.1974, s. 1.

Femte betragtning til direktivet henviser til traktatens artikel 117. Den har følgende ordlyd:

»Medlemsstaterne er enige om, at det er nødvendigt at fremme en forbedring af arbejdernes leve- og arbejdsvilkår for herigennem at muliggøre en udjævning af disse vilkår på et stadigt stigende niveau.

...«

Artikel 117 har et dobbelt formål — et økonomisk og et socialt. Det sociale formål er at forbedre leve- og arbejdsvilkårene. Ligeledes skal det forhindres — og det er det økonomiske formål — at den forskellige udvikling i medlemsstaternes arbejds- og sociallovgivning fører til konkurrencemæssige ulemper for virksomhederne i de medlemsstater, der har en høj beskyttelsesstandard, eller medfører endnu alvorligere forstyrrelser i fællesmarkedets funktion. Også dette viser klart, at direktivets beskyttelsesformål består i at beskytte arbejdstagerne ved overførsel af en virksomhed. På denne baggrund forekommer det hensigtsmæssigt med hensyn til spørgsmålet om direktivets anvendelighed at lægge vægt på den personkreds, som skal beskyttes af direktivet, nemlig arbejdstagerne. Også Kommissionen har i sit indlæg anført et lignende udgangspunkt.

32. Såfremt man går ud fra, at formålet med direktivet er at beskytte arbejdstagerne ved overførsel af en virksomhed, skal denne beskyttelse komme alle arbejdstagere til gode, som i henhold til den nationale lovgivning er beskyttet som arbejdstagere. I den yderste konsekvens betyder dette imidlertid, at direktivet altid finder anvendelse, når der i en virksomhed eller en organisatorisk enhed er beskæftiget personer, der i henhold til den nationale lovgivning er beskyttet som arbejdstagere. Direktivet finder dermed anvendelse på de organisatoriske enheder, som beskæftiger arbejdstagere, som omhandlet i de nationale beskyttelsesbestemmelser. På denne måde sikres det, at alle arbejdstagere, der er omfattet af beskyttelsen i henhold til national lovgivning, også beskyttes af direktivet.

33. I betragtning af direktivets beskyttelsesformål ses det ikke, hvorfor ansatte i den offentlige forvaltning — som forbundsregeringen har gjort gældende — skulle udelukkes fra at være omfattet af direktivets beskyttelse, blot fordi deres myndighedsorgan *også* udøver offentlig myndighed. Dette ville efter min opfattelse klart være i strid med direktivets beskyttelsesformål. Der bør derfor ikke sondres mellem udøvelse af offentlig myndighed og økonomisk virksomhed ved definitionen af begrebet »virksomhed«, idet der alene skal lægges vægt på arbejdstagerbegrebet. Der bør heller ikke sondres mellem ansatte i offentlig tjeneste og ansatte på det private arbejdsmarked. Det ville ligeledes føre til resultater, som er i strid med direktivets beskyttelsesformål, navnlig fordi der ikke eksisterer en sådan sondring i alle medlemsstater (i Det Forenede Kongerige sondres der f.eks. ikke mellem, om en person med erhvervsmæssig beskæftigelse er ansat i offentlig tjeneste eller i det private erhvervsliv).

Det er i denne forbindelse værd at nævne, at privatretlige overenskomster i Forbundsrepublikken Tyskland også kan finde anvendelse på offentligt ansatte arbejdstageres ansættelsesvilkår.

34. Det er således kun muligt at opnå en ensartet anvendelse af direktivet i Fællesskabet i overensstemmelse med dets beskyttelsesformål, såfremt man lægger vægt på arbejdstagerbegrebet. De ovenfor beskrevne vanskeligheder ved afgrænsningen af udøvelse af offentlig myndighed i forhold til virksomhed, der ikke indebærer en sådan myndighedsudøvelse (punkt 29), ville i så fald slet ikke opstå.

35. Denne opfattelse blev også forsvaret af generaladvokat Van Gerven i hans forslag til afgørelse i Redmond Stichting-sagen [13]. Han nåede frem til det resultat, at direktivets virksomhedsbegreb skal fortolkes bredt, og at det med henblik på besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt en bestemt fysisk eller juridisk person, der ligesom den her omhandlede har et klart socialt formål, er en virksomhed i direktivets forstand, er afgørende, om en eller flere personer har status som arbejdstager hos den nævnte fysiske eller juridiske

13 — Forslag til afgørelse af 24.3.1992, sag C-29/91, Sml. I, s. 3189, på s. 3196.

person i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som omhandlet i direktivets artikel 3, stk. 1. Han anførte endvidere, at begrebet arbejdstager ifølge Domstolens praksis til forskel fra begrebet arbejdstager i EØF-traktatens artikel 48 omfatter enhver person, som i den pågældende medlemsstat er beskyttet som arbejdstager i henhold til national lovgivning på det arbejdsretlige område.

36. Sidstnævnte blev i øvrigt allerede fastslået af Domstolen i 1985 [14] og bekræftet i 1986 [15]. Danmols Inventar-dommen drejede sig om definitionen af begrebet arbejdstager i direktiv 77/187. Domstolen henviste i den forbindelse til betragtningerne, hvorefter varetagelsen af arbejdstagernes rettigheder skal sikres i tilfælde af arbejdsgiverskifte. Dette viser ifølge Domstolen, at direktivet kun tilsigter en delvis harmonisering, idet det i det væsentlige bestemmer, at den beskyttelse, som arbejdstagerne har i henhold til de forskellige medlemsstaters egen lovgivning, også skal gælde i tilfælde, hvor virksomheden overføres. Direktivets formål er derfor så vidt muligt at sikre, at arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet fortsættes af erhververen uden ændringer, for at forhindre, at de arbejdstagere, der berøres af overførslen af virksomheden, stilles ringere alene på grund af overførslen. Direktivet tilsigter derimod ikke at indføre en ensartet beskyttelse for hele Fællesskabet. Heraf følger ifølge Domstolen, at det kun er personer, der på en eller anden måde er beskyttet som arbejdstagere i kraft af den pågældende medlemsstats lovgivning, der kan påberåbe sig direktivet.

37. Foruden definitionen af arbejdstagerbegrebet i direktivet fremgår det endvidere af denne dom, at direktivets beskyttelsesformål består i at beskytte arbejdstagerne ved overførsel af virksomheden og så vidt muligt at sikre, at arbejdskontrakten fortsættes. Dette er, som nævnt ovenfor, kun muligt, såfremt man med henblik på spørgsmålet om direktivets anvendelighed kun lægger vægt på arbejdstagerbegrebet.

38. Det forhold, at direktivet har hjemmel i EF-traktatens artikel 100, er heller ikke til hinder for en definition af begrebet virksomhed på grundlag af de deri ansatte arbejdstagere. I artikel 100 henvises der, som nævnt ovenfor, til fællesmarkedets funktion. Et delaspekt ved fællesmarkedet er imidlertid også arbejdsmarkedet i Fællesskabet og arbejdstagernes vilkår. Der er en snæver sammenhæng mellem fællesmarkedet og arbejdstagernes vilkår. Den økonomiske udvikling og omstruktureringer kan medføre ulemper for arbejdstagerne (at hindre dette er jo netop formålet med direktiv 77/187), uanset om de er beskæftiget i det private erhvervsliv eller i den offentlige forvaltning. Disse ulemper kan påvirke arbejdsmarkedet i de pågældende medlemsstater eller en del deraf.

14 — Dom af 11.7.1985, sag 105/84, Danmols Inventar, Sml. s. 2639, præmis 28.

15 — Dom af 15.4.1986, sag 237/84, Kommissionen mod Belgien, Sml. s. 1247, præmis 13.

Arbejdsmarkederne i de enkelte medlemsstater er takket være arbejdskraftens frie bevægelighed indbyrdes forbundet, således at arbejdskraftens vilkår i medlemsstaterne og disses forskellige lovgivninger kan have en grænseoverskridende virkning [16]. Deraf fremgår, at en kommune, der har ansat arbejdstagere, der er undergivet nationale beskyttelsesnormer, også kan påvirke det fælles arbejdsmarkeds og dermed fællesmarkedets funktion.

39. På den anden side kan forskellige normer for beskyttelsen af arbejdstagere i de enkelte medlemsstater medføre konkurrencefordrejning. Det Forenede Kongeriges repræsentant har under den mundtlige forhandling til dels benægtet dette. Han henviste i denne forbindelse til dommen i sag C-382/92 (Kommissionen mod Det Forenede Kongerige) [17], hvori Domstolen fastslog, at direktivet yderligere havde til formål at foretage en indbyrdes tilpasning af de udgifter, som for virksomhederne i Fællesskabet er knyttet til bestemmelserne om beskyttelse. Det Forenede Kongerige slutter deraf, at en kommunalforvaltning ikke er omfattet af direktivet, når den udøver typisk forvaltningsmæssige aktiviteter og således ikke konkurrerer med andre virksomheder.

40. En sådan sondring på grundlag af karakteren af forvaltningens aktiviteter er ikke forenelig med direktivets hovedformål, beskyttelsen af arbejdstagerne, hvilket der allerede udførligt er redegjort for i punkt 33.

41. Direktivet finder således altid anvendelse, når der i en virksomhed eller i en organisatorisk enhed er ansat arbejdstagere, der er omfattet af de nationale beskyttelsesbestemmelser. I den forbindelse spiller det ingen rolle, om den pågældende virksomhed virker inden for den offentlige forvaltnings område eller i det private erhvervsliv. Direktivet kan altså også finde anvendelse på en kommune, såfremt der det pågældende sted er ansat arbejdstagere, som er omfattet af de nationale beskyttelsesbestemmelser. Undersøgelsen af, om dette er tilfældet, påhviler den nationale ret.

42. Såfremt Domstolen ikke følger den her fremførte opfattelse og desuden anser det for en forudsætning for at kunne anvende direktivet, at der udøves økonomisk virksomhed, skal jeg om denne yderligere forudsætning anføre følgende: Selv om man følger forbundsregeringens og Det Forenede Kongeriges opfattelse og anser det for en principiel forudsætning for at kunne anvende direktivet, at der udøves økonomisk virksomhed, ændrer dette ikke noget ved resultatet i det foreliggende tilfælde, da kommunen udøver en sådan økonomisk virksomhed. Som det allerede er nævnt, har sagsøgerens advokat under den mundtlige forhandling nævnt mange eksempler på kommunens erhvervsmæssige aktiviteter. Det bestrides hverken af

16 — Fjerde betragtning til direktiv 77/187.
17 — Jf. ovenfor, note 5.

forbundsregeringen eller af Det Forenede Kongerige, at kommunen udøver de nævnte aktiviteter. Kommunen deltager dermed i den økonomiske virksomhed. Begrebet den økonomiske virksomhed i Fællesskabet er nævnt i EF-traktatens artikel 2, som ridser Fællesskabets formål op. I henhold til bestemmelsen har Fællesskabet bl. a. til opgave gennem oprettelsen af et fælles marked at fremme en harmonisk og afbalanceret udvikling af den økonomiske virksomhed i Fællesskabet. Efter Domstolens faste praksis skal der herved anlægges en vid fortolkning af begrebet økonomisk virksomhed. Allerede i dommen i Donà-sagen [18] blev det fastslået, at »lønnet arbejde eller ... tjenesteydelser mod vederlag« henhører under den økonomiske virksomhed i henhold til denne bestemmelse i EØF-traktaten. For at kunne anse en aktivitet for at henhøre under den økonomiske virksomhed er det herefter tilstrækkeligt, at den udøves mod vederlag. Det fremgår af Lawrie-Blum-dommen, at det i den forbindelse hverken er det område, på hvilket virksomheden udøves, eller de retsregler, der gælder for virksomheden, der er afgørende. For at EF-traktatens artikel 48 — som afgørelsen i Lawrie-Blum-sagen drejede sig om — finder anvendelse, kræves det ifølge Domstolen derimod udelukkende, at den pågældende virksomhed har karakter af en *lønnet* arbejdsydelse. Det gælder også uafhængigt af, på hvilket område arbejdsydelsen udføres [19]. I en anden afgørelse vedrørende artikel 48 har Domstolen fastslået, at karakteren af det mellem arbejdstageren og arbejdsgiveren bestående retsforhold, dvs. offentligretlig status eller privatretlig kontrakt, heller ikke er afgørende [20].

43. Disse domme vedrører ganske vist ikke direktiv 77/187, men generaladvokat Van Gerven lægger også i sit forslag til afgørelse i sag C-382/92 (Kommissionen mod Det Forenede Kongerige) [21] vægt på, om en virksomhed udøves mod vederlag. Også han går med henblik på definitionen af begrebet virksomhed ud fra, at EF-traktaten i henhold til den grundlæggende artikel 2 omfatter den økonomiske virksomhed i Fællesskabet, idet dette begreb skal forstås meget bredt. For at kunne karakterisere en aktivitet som en del af den økonomiske virksomhed er det tilstrækkeligt, at den udøves mod vederlag. På hvilket område virksomheden udøves, er ikke af afgørende betydning. Da det er ubestridt, at kommunen udøver virksomhed mod vederlag, kan der ikke være tvivl om, at den deltager i den økonomiske virksomhed. Den udøver altså økonomisk virksomhed og deltager i fællesmarkedet.

44. Dette resultat ændres næppe heller, selv om dommen i Levin-sagen lægges til grund [22]. Deri udtalte Domstolen i relation til artikel 48, at såfremt en økonomisk aktivitet har et alt for ringe omfang, kan den ikke længere anses for en del af den økonomiske virksomhed. Fastlæggelsen af omfanget af den økonomiske aktivitet påhviler den nationale ret. Jeg vil her dog gerne understrege, at efter sagsøgerens advokats indlæg under den mundtlige forhandling, som ikke er blevet bestridt, kan der vel næppe være tale om, at Schierke kommunes økonomiske aktivitet har et alt for ringe omfang.

18 — Dom af 14.7.1976, sag 13/76, Donà, Sml. s. 1333, præmis 12 og 13.

19 — Dom af 3.7.1986, sag 66/85, Lawrie-Blum, Sml. s. 2121, præmis 20.

20 — Dom af 12.2.1974, sag 152/73, Sotgiu, Sml. s. 153, præmis 6.

21 — Forslag til afgørelse af 2.3.1994, sag C-382/92, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 2435, på s. 2438, punkt 22-27.

22 — Dom af 23.3.1982, sag 53/81, Levin, Sml. s. 1035, præmis 17.

45. Endvidere vil jeg gerne endnu en gang understrege — som allerede påvist ovenfor — at kommunen også ved at beskæftige arbejdstagere deltager i det fælles arbejdsmarked og dermed i fællesmarkedet.

46. At kommunen udøver en økonomisk aktivitet kan heller ikke benægtes med den begrundelse, at kommunen *også* udøver offentlig myndighed. Det ville være i strid med direktivets beskyttelsesformål, såfremt arbejdstagerne ikke skulle være omfattet af direktivets beskyttelse, blot fordi kommunen foruden økonomisk virksomhed også udøver offentlig myndighed.

47. Kommissionens synspunkt, ifølge hvilket de enkelte områder inden for kommunalforvaltningen skal betragtes særskilt, er ligeledes i strid med direktivets beskyttelsesformål. I den forbindelse diskuterer Kommissionen problemerne vedrørende overtagelse af funktioner, som Domstolen flere gange tidligere har beskæftiget sig med, og som den ifølge Kommissionen vil komme til at beskæftige sig med i fremtiden [23]. For løsningen i det foreliggende tilfælde er denne teori dog uden betydning, da der ikke er nogen tvivl om, at det ikke var enkelte funktioner fra virksomheden, der skulle overføres, men den samlede enhed. En anvendelse af den af Kommissionen anførte teori på det foreliggende tilfælde, hvor den samlede enhed skal overføres, ville medføre mange problemer. Hvorfor skulle en ansat i den kommunale forvaltning, som efter national lovgivning behandles som sine øvrige kolleger, være udelukket fra at være omfattet af beskyttelsen i direktivet, blot fordi han i modsætning til de andre udøver offentlig myndighed? Det er et spørgsmål, hvordan man skulle forholde sig, såfremt den ansattes arbejde ændrer karakter, og han nu udøver en økonomisk virksomhed.

En sådan opdeling i nogle enkelte aktivitetsområder er også af en anden grund ikke praktisk gennemførlig: Under hvilken kategori henhører de ansatte i en lille kommune, der på samme tid udfører flere funktioner — derunder økonomisk virksomhed og udøvelse af offentlig myndighed? Kun hvis man ser bort fra direktivets beskyttelsesformål, ville den eneste grund til at udelukke en ansat fra direktivets anvendelsesområde være, at den pågældende kun udøver økonomisk virksomhed i rent marginalt omfang (jf. diskussionen vedrørende Levin-dommen i punkt 44). At fastslå dette ville igen påhvile den nationale ret.

Derfor ville direktivet også efter dette alternativ finde anvendelse på kommunen.

23 — Der verserer ganske rigtigt for tiden flere sager om dette spørgsmål.

48. I øvrigt svarer dette også til Kommissionens forslag til ændring af direktivet [24], som udtrykkeligt bestemmer, at direktivet finder anvendelse på offentlige virksomheder. Som Kommissionen anfører i sjette betragtning, er det nødvendigt at gøre de hidtidige bestemmelser klarere. Det anføres således, at det af hensyn til retssikkerheden og gennemskueligheden er nødvendigt »i lyset af Domstolens retspraksis, med en udtrykkelig bestemmelse om, at direktivet finder anvendelse på privat- og offentligretlige virksomheder, der udøver aktiviteter af økonomisk art, uanset om de opererer med gevinst for øje eller ej«. Begrebet »virksomhed« anvendes i forslaget til de nye direktivbestemmelser fortsat uden nogen nærmere definition. Man må således stadig nøjes med de kriterier, som Domstolen allerede har fastsat eller senere vil fastsætte. Til det af Kommissionen i dens forslag anvendte begreb »aktiviteter af økonomisk art« skal i øvrigt bemærkes følgende: Ser man denne formulering i sammenhæng med Kommissionens indlæg, fremgår det, at virksomhedsbegrebet ikke skal fortolkes snævrere end hidtil, og at selv udøvelse af offentlig myndighed efter Kommissionens opfattelse kan falde ind under begrebet aktiviteter af økonomisk art. Efter Kommissionens opfattelse finder direktivet også anvendelse, såfremt en tjenestemandsansat sekretær udøver aktiviteter, som en privat virksomhed ligeledes kan udøve. Deraf kan udledes, at denne sekretær i så fald udøver aktiviteter af økonomisk art i direktivets forstand. Det betyder for fortolkningen af begrebet »aktiviteter af økonomisk art«, at Kommissionen med dette begreb angiver de aktiviteter, der — selv om der er tale om udøvelse af offentlig myndighed — ligeledes kan udføres af en privat virksomhed. De her omhandlede erhvervsmæssige aktiviteter i kommunen er derfor uden videre omfattet af begrebet aktiviteter af økonomisk art. Direktivet ville således også efter Kommissionens ændringsforslag finde anvendelse på det foreliggende tilfælde, navnlig fordi direktivets beskyttelsesformål er opretholdt uændret.

49. Hertil skal jeg som en sidebemærkning tilføje, at Bundesarbeitsgericht har en opfattelse, som er i overensstemmelse med den her anførte. Den har således udtalt, at § 613a i BGB finder anvendelse på offentlige institutioner, skoler, forsvaret o. l. § 613a er den bestemmelse, hvorved direktivet er gennemført i national tysk ret [25].

50. Sammenfattende vil jeg derfor endnu en gang understrege, at der efter min opfattelse altid er tale om en virksomhed i direktivets forstand, når en organisatorisk enhed beskæftiger arbejdstagere, der nyder beskyttelse i henhold til de relevante nationale arbejdsretlige bestemmelser.

24 — Kommissionens forslag til Rådets direktiv om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT C 274 af 1.10.1994, s. 10 ff.).

25 — Bundesarbeitsgericht's dom af 16.3.1994, AZ: 8 AZR 639/92, trykt i *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1995, s. 125, 126 og 127, Bundesarbeitsgericht's dom af 21.7.1994, AZ: 8 AZR 227/93, trykt i *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 1995, s. 119, Bundesarbeitsgericht's dom af 7.9.1995, AZ: 8 AZR 928/93, trykt i *Arbeit und Recht*, 1996, s. 29.

Overførsel af virksomheden

51. Efter at det nu er fastslået, at Schierke kommune i det foreliggende tilfælde absolut må karakteriseres som en virksomhed i direktivets forstand, er spørgsmålet, om der er sket en »overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter« i direktivets forstand.

52. Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at opgaver og dertil hørende midler som sagsakter, disketter og andet administrativt materiale er blevet overført til Verwaltungsgemeinschaft Brocken, og at der derfor er tale om en overførsel i direktivets forstand.

53. Kommissionen henviser i sit indlæg først til Domstolens dom i Spijkers-sagen [26]. I henhold til denne dom foreligger der en overførsel, såfremt en økonomisk enhed, der er rammen om de pågældende beskæftigelsesforhold, bevarer sin identitet, og der kun er sket en udskiftning af indehaveren af denne økonomiske enhed.

54. At der fortsat består en økonomisk enhed med en egen identitet for så vidt angår Schierke kommune, bekræftes i relation til sagsøgerens arbejdsområde ved, at erhvervsfremme og turisme samt de dertil knyttede administrative opgaver organisatorisk var lagt sammen, og at der var stillet driftsmidler til rådighed for udførelsen af dette arbejde. Med hensyn til bevarelse af identiteten ved overførslen er Kommissionen af den opfattelse, at det ikke skal være afgørende, om de opgaver, som sagsøgeren har udført på sit arbejdsområde, i mellemtiden også for de øvrige medlemskommuner helt eller delvis udføres af forvaltningsfællesskabet, men at alt det, som Schierke kommune førhen selv udførte, nu også udføres af forvaltningsfællesskabet i tilsvarende eller samme form for Schierke kommune og i dennes interesse.

55. Også Det Forenede Kongeriges regering henviser i denne forbindelse til Domstolens dom i Spijkers-sagen og anfører de nævnte forudsætninger for overførsel af en virksomhed. Den kommer imidlertid ved undersøgelsen i det foreliggende tilfælde til et andet resultat end Kommissionen.

Et »statsligt organ« kan ifølge Det Forenede Kongeriges regering kun være omfattet af direktivets anvendelsesområde, såfremt det drejer sig om overførsel af en stabil økonomisk enhed. Denne overførsel skal i det mindste gøre det muligt at fortsætte visse af overdragerens aktiviteter. En økonomisk

26 — Dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 11 ff.

enhed omfatter forretningslokaler og/eller formueværdier og/eller ansatte, som fortsætter økonomiske aktiviteter. En lokal »statslig myndighed« er dog ikke længere omfattet af direktivets anvendelsesområde, hvis den udelukkende eller hovedsagelig beskæftiger sig med aktiviteter, der er typiske for den offentlige forvaltning.

56. Domstolen har allerede flere gange beskæftiget sig med problematikken i forbindelse med fortolkningen af begrebet »*overførsel* af virksomheder«. I dommene i sagerne Spijkers, Ny Mølle Kro og Redmond Stichting har Domstolen fastslået, at det afgørende kriterium for besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en overførsel i direktivets forstand, er, om den overførte enhed bevarer sin identitet [27].

Derfor skal det undersøges, om en endnu bestående økonomisk enhed er blevet afhændet, hvilket bl. a. må lægges til grund, såfremt den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter [28].

57. Ved undersøgelsen heraf skal der i første række fokuseres på, om de økonomiske aktiviteter fortsættes. Den »endnu bestående økonomiske enhed« er herved den overførte »genstand«, som i henhold til direktivets ordlyd er en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, og som skal fastlægges i overensstemmelse med direktivets beskyttelsesformål, som anført ovenfor [29].

58. Der skal ved besvarelsen af spørgsmålet om bevarelse af identiteten tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder, der kendetegner den pågældende disposition. Herunder hører navnlig virksomhedens art samt behandlingen af de materielle aktiver såsom lokaler og løsøre. Der skal ligeledes tages hensyn til værdien af immaterielle aktiver, hvorvidt personalet eller en del af personalet overtages [30], om kundekredsen overføres, samt i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme. Ifølge Domstolen er alle disse omstændigheder dog kun enkelte elementer i en samlet bedømmelse, og de skal derfor ikke betragtes isoleret [31].

59. Såfremt man i den foreliggende sag lægger disse kriterier til grund, følger det af det, de berørte har anført, og som ikke er blevet bestridt, at der er meget, der taler for, at disse forudsætninger er opfyldt her. Sagsakter, disketter og andre dokumenter fra Schierke

27 — Dommen i sag 24/85, jf. ovenfor, note 26, dom af 17.12.1987, sag 287/86, Ny Mølle Kro, Sml. s. 5465, præmis 18 ff., og dommen i sagen Redmond Stichting, jf. ovenfor, note 4, præmis 23.

28 — Spijkers-dommen, jf. ovenfor, note 26, præmis 12, Ny Mølle Kro-dommen, jf. ovenfor, note 27, præmis 18, og Redmond Stichting dommen, jf. ovenfor, note 4, præmis 23.

29 — Jf. punkt 32, 33 og 34.

30 — Dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Merckx, Sml. I, s. 1253, præmis 26.

31 — Dommen i Redmond Stichting-sagen, jf. ovenfor, note 4, præmis 24, under henvisning til dommen i Spijkers-sagen, jf. ovenfor, note 26, præmis 13.

kommune blev således overdraget til forvaltningsfællesskabet. Endvidere har det vist sig, at i det mindste en del af de ansatte er blevet overtaget, og at aktiviteterne i de to organer i høj grad er de samme, hvilket også støttes af, at *alle* Schierke kommunes opgaver fortsættes. Befolkningen i Schierke kommune, der i denne sammenhæng må anses for forvaltningens »kundekreds«, betjenes nu af forvaltningsfællesskabet.

Af indlæggene fremgår endvidere, at de gamle lokaler til dels fortsat benyttes, f.eks. til de lokale afdelinger.

Alt dette er omstændigheder, der, når de betragtes i sammenhæng, tillader den slutning, at den nye »indehaver«, Verwaltungsgemeinschaft »Brocken«, i hvert fald fortsætter de hidtidige økonomiske aktiviteter på lignende måde, således at der er meget, der taler for, at de af Domstolen i Spijkersdommen fastsatte kriterier kan være opfyldt.

At det nyoprettede forvaltningsfællesskab udfører opgaver for flere kommuner og har henlagt en del af funktionerne til underafdelinger, hindrer ikke, at det kan antages, at der foreligger en overførsel.

Det er typisk tilfældet ved og som oftest også formålet med en overførsel af en virksomhed, at der sker en omstrukturering og en reorganisation af den gamle virksomhed. Dette skal heller ikke hindres af direktivet. Arbejdstagerne skal blot sikres mod skadelige følger af selve overførslen.

Afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer, er fortsat mulige [32].

60. I princippet påhviler det dog den nationale ret at undersøge alle de faktiske omstændigheder, som kan tale for, at en enhed har bevaret sin identitet, dvs. at den nye indehaver i hvert fald fortsætter de økonomiske aktiviteter på lignende måde.

32 — Artikel 4, stk. 1, andet punktum, i direktiv 77/187.

Det kan således kun være Domstolens opgave at give den nationale ret de allerede nævnte kriterier, der efter fællesskabsretten er nødvendige, for at retten på grundlag heraf kan træffe en afgørelse i overensstemmelse med direktivet i det enkelte tilfælde.

Overdragelse

61. Efter disse bemærkninger bør det herefter som svar på det første spørgsmål meddeles den nationale ret, at der foreligger en overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187, når to eller flere selvstændige kommuner frivilligt slutter sig sammen i et forvaltningsfællesskab, såfremt kommunerne beskæftiger personer, som efter de nationale bestemmelser er beskyttet som arbejdstagere, og de fortsat bestående kommuners aktiviteter faktisk fortsættes.

62. Efter sagsøgerens opfattelse beror overførslen på en overdragelse i direktivets forstand. Lovgivningen i delstaten Sachsen-Anhalt har tilladt en omstrukturering gennem oprettelse af et forvaltningsfællesskab, men den er foretaget i henhold til en offentligretlig aftale. Der er således ikke blot tale om en gennemførelse af en bindende lovbestemmelse, men der er for kommunerne åbnet mulighed for efter eget skøn selv at udforme og bestemme den nye organisations karakter og omfang. De deltagende kommuner er i den forbindelse ligeberettigede parter i en offentligretlig aftale.

Herved må samtlige de omstændigheder, der kendetegner den pågældende disposition (oprettelsen af et forvaltningsfællesskab), tages i betragtning, navnlig karakteren og omfanget af de overførte beføjelser, de udøvede aktiviteter, den stedlige kompetence, dispositionsretten over sagsakter og andre forvaltningsmidler såvel som overtagelse af personale. Det påhviler den nationale ret at fastslå disse faktiske omstændigheder.

63. Kommissionen henviser først til Domstolens domme i sagerne Abels og Redmond Stichting [33]. Den argumenterer endvidere, at når en virksomhed i direktivets forstand også kan være den offentlige forvaltning, ses det ikke, hvorfor begrebet »overdragelse« i direktivets artikel 1, stk. 1, kun skulle omfatte en privatretlig overdragelse. En sådan indskrænkning fremgår i hvert fald ikke af selve direktivet. Den ville i øvrigt heller ikke være forenelig med direktivets beskyttelsesformål.

33 — Jf. ovenfor, note 11 og 4.

Desuden er den offentligretlige aftale en forudsætning for, at den efterfølgende lovmæssige virkning kan indtræde. I forbindelse med dette indledende stadium råder kommunerne over en vis aftalemargen, dvs. at spørgsmålet om, hvorvidt direktivet finder anvendelse, først afhænger af det resultat, som kommunerne forhandler sig frem til.

64. Forbundsregeringen gør gældende, at der tværtimod er tale om en offentligretlig aftale om oprettelse af et forvaltningsfællesskab med henblik på udøvelse af offentlig myndighed inden for kommunernes kompetenceområde. Der foreligger derfor ikke nogen overdragelse i direktivets forstand.

65. Denne opfattelse kan dog ikke tiltrædes. Som det fremgår af Domstolens faste praksis [34], jf. senest dommen i Merckx-sagen, skal der anlægges en vid fortolkning af begrebet *overdragelse*, da de forskellige sprogversioner af direktivet afviger fra hinanden, og begrebet i medlemsstaternes lovgivninger har forskellig betydning. Fortolkningen skal tilgodese direktivets formål, nemlig at beskytte arbejdstagerne ved overførsel af deres virksomhed. Derfor finder direktivet 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« [35].

Tages der udgangspunkt i direktivets allerede anførte beskyttelsesformål, som skal sikre, at alle arbejdstagere, der nyder beskyttelse i henhold til national ret, beskyttes mod skadelige følger af overførslen af virksomheden, står det fast, at arbejdstagere i såvel privatretlige som offentligretlige virksomheder skal beskyttes. Med dette som grundlag kan det ikke gøre nogen forskel, om aftalen mellem den gamle og den nye »indehaver« skal bedømmes efter privatretlige eller efter offentligretlige bestemmelser i den pågældende medlemsstat.

66. Dette resultat ændres heller ikke, såfremt en del af opgaverne efter lovgivningen i delstaten Sachsen-Anhalt rent faktisk overføres ved lov — således som det blev anført under den mundtlige forhandling — gennem oprettelsen af et forvaltningsfællesskab. For det første vil jeg understrege, at det ikke kan være Domstolens opgave at finde frem til og undersøge de relevante bestemmelser i den pågældende delstat. Det henhører under de nationale domstoles kompetence.

67. Det kan dog på dette sted nævnes, at den mundtlige forhandling ligeledes har vist, at

34 — Nævnt ovenfor i note 11 og 4.

35 — Merckx-sagen, jf. ovenfor, note 30, præmis 28.

kommunerne frit kunne bestemme, om der overhovedet skulle overføres opgaver, aktiviteter og beføjelser, og i givet fald i hvilket omfang. Med hensyn til de opgaver, der efter oprettelsen af forvaltningsfællesskabet overføres ved lov, skal det bemærkes, at kommunerne ved oprettelsen af forvaltningsfællesskabet handlede med kendskab til retsvirkningerne af aftalerne. Først gennem oprettelsen af forvaltningsfællesskabet ved aftale blev forudsætningerne for overførslen af opgaverne ved lov skabt. Kommunerne arbejdede derfor også for så vidt bevidst og med vilje sammen med henblik på en gennemførelse af de lovbestemte virkninger. Der ville således i det foreliggende tilfælde også være tale om en overdragelse af de pågældende opgaver, selv om der i delstatens lovgivning var fastsat bestemmelser om overførsel af opgaverne ved lov.

68. Direktivet finder således anvendelse, når offentligretlige organer, her kommuner, overdrager opgaver i henhold til en offentligretlig aftale, og arbejdstagere, der er beskyttet i henhold til national ret, berøres heraf.

69. Den nationale rets andet spørgsmål bør derfor besvares med, at såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, beror overførslen også på en overdragelse efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187/EØF, når forvaltningsfællesskabet er blevet oprettet ved offentligretlig aftale.

C — Forslag til afgørelse

70. Jeg skal herefter foreslå, at Domstolen besvarer de præjudicielle spørgsmål fra den nationale ret på følgende måde:

»1) Der foreligger en overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter efter artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977, når to eller flere selvstændige kommuner frivilligt slutter sig sammen i et forvaltningsfællesskab, såfremt kommunerne beskæftiger personer, der efter de nationale bestemmelser er beskyttet som arbejdstagere, og de fortsat bestående kommuners aktiviteter faktisk fortsættes.

Herved må samtlige de omstændigheder, der kendetegner den pågældende disposition (oprettelsen af et forvaltningsfællesskab), tages i betragtning, navnlig karakteren og omfanget af de overførte beføjelser, de udøvede aktiviteter, den stedlige kompetence, dispositionsretten over sagsakter og andre forvaltningsmidler såvel som overtagelse af personale. Det påhviler den nationale ret at fastslå disse faktiske omstændigheder.

2) Overførslen beror også på en overdragelse efter artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187/EØF, når forvaltningsfællesskabet er blevet oprettet ved frivillige offentligretlige aftaler mellem medlemskommunerne, selv når en del af opgaverne som følge heraf overføres ved lov.«