FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT CARL OTTO LENZ

föredraget den 11 juni 1996 *

A — Inledning

1. Här föreligger för första gången en begäran om förhandsavgörande från en av de nya tyska delstaterna. Den har framställts av Arbeitsgericht Halberstadt enligt artikel 177 i EG-fördraget och avser tolkning av rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter. [1]

2. I den rättstvist som ligger till grund för framställningen för fru Henkes (nedan kallad käranden) talan mot Schierke [2] kommun och förvaltningsgemenskapen Brocken. Käranden arbetade sedan 1992 i Schierke kommun som borgmästarens sekreterare. Enligt vad hennes advokat uppgav vid den muntliga förhandlingen arbetade hon som sekreterare och som handläggare av ärenden avseende främjande av ekonomisk utveckling och turism. Som advokaten vidare utvecklade var hon inte heller den enda anställda i kommunförvaltningen, vilket framgår redan av den i de skriftliga inlagorna nämnda omständigheten att det fanns en personalnämnd i kommunen.

3. Den 1 juli 1994 bildade Schierke tillsammans med andra kommuner i regionen förvaltningsgemenskapen (nedan kallad kommungruppen) Brocken. Möjligheten att bilda en sådan grupp regleras i § 75 och följande paragrafer i Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt av den 5 oktober 1993 [3] (nedan kallad GO LSA). En kommungrupp som på detta sätt har bildats genom ett offentligrättsligt avtal utgör ett offentligrättsligt organ som har rättskapacitet och kan anställa personal. Den bildas för att förbättra administrationen i mindre kommuner. Till dess verksamhet hör utförande av de uppgifter inom medlemskommunernas ansvarsområden som kommunerna överlåtit till den. Kommungruppen kan emellertid också ta hand om uppgifter som hör till medlemskommunernas egna ansvarsområden men vilka överlåts till den. Det ankommer på

* Originalspråk: tyska.

1 — EGT nr L 61, s. 26.

2 — Det är här fråga om den kommun som Goethe nämner i "Faust". Mefistofeles tar Faust med till valborgsmässonatt i Harz "i trakten av Schierke och Elend". Se Goethe, Faust, första delen, rad 3835. Kommunen Elend hör också till kommungruppen Brocken.

3 — GVBl LSA nr 43/1993, s. 568 ff.

kommunerna att avgöra om och i så fall i vilken omfattning sådana uppgifter skall överlåtas.

4. I detta fall överlät Schierke kommun samtliga uppgifter till kommungruppen. Schierkes kommunförvaltning upplöstes, handlingarna i samtliga ärenden överlämnades till kommungruppen och det ordinarie borgmästarämbetet i Schierke ersattes av ett hedersuppdrag.

5. Käranden erbjöds en anställning hos kommungruppen Brocken. Hon avböjde denna med åberopande av att hon endast kunde anta ett arbete i Schierke, eftersom hon måste ta hand om sitt barn. Käranden fick inte den anställning vid kommungruppens avdelningskontor i Schierke som hon sökt. Enligt vad hennes advokat uppgav vid den muntliga förhandlingen handläggs fortfarande uppgifter avseende främjande av ekonomisk utveckling och turism i Schierke, turistfrågorna huvudsakligen endast för Schierke kommun.

6. Den 5 juli 1994 sade Schierke kommun upp kärandens anställningsavtal. Hon vände sig då till arbetsdomstolen och gjorde där gällande, att avtalet hade övertagits av kommungruppen när denna bildades och därför inte kunde sägas upp av Schierke kommun.

7. Arbeitsgericht Halberstadt underställde därefter domstolen följande frågor med begäran om förhandsavgörande:

"1) Föreligger överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet i den mening som avses i artikel 1.1 i rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 när en Verwaltungsgemeinschaft (kommungrupp) – som har bildats med stöd av 75 § första stycket i Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt av den 5 oktober 1993 (GO LSA, kommunala föreskrifter i delstaten Sachsen-Anhalt, GVB1 LSA s. 568 och följande sidor) — enligt 77 § första stycket GO LSA ansvarar för uppgifter inom det verksamhetsområde som staten har tilldelat medlemskommunerna och därjämte fullgör uppgifter inom medlemskommunernas eget ansvarsområde, vilka har överlåtits med stöd av 77 § andra stycket GO LSA?

2) Om den första frågan besvaras jakande:

Föreligger lagenlig överlåtelse i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 77/187/EEG när denna "Verwaltungsgemeinschaft" har bildats genom offentligrättsligt avtal?"

B — Bedömning

8. Med sin begäran om tolkning av artikel 1.1 i direktivet vill den hänskjutande domstolen få kunskap om direktivets allmänna tillämpningsområde.

Artikel 1.1 lyder:

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

9. Av detta följer att tre förutsättningar måste vara uppfyllda för att direktivet skall kunna tillämpas:

— det måste föreligga ett företag i direktivets mening,

— detta företag måste ha överlåtits, och

— det måste vara fråga om en lagenlig överlåtelse eller fusion.

10. De två första förutsättningarna skall prövas inom ramen för besvarandet av den första av de underställda frågorna medan den andra frågan hänför sig till den tredje förutsättningen.

Begreppet företag

11. Jag skall först gå in på vad som avses med företag i direktivet 77/187, eftersom det i detta sammanhang även är fråga om direktivets allmänna tillämpningsområde. Här skall avgöras om direktivet kan tillämpas på det område som regleras av medlemsstaternas offentliga rätt, och speciellt, i det fall som här är aktuellt, på en kommunal förvaltning. Kan med andra ord en kommun vara ett företag i direktivets mening?

12. Begreppet "företag" definieras varken i direktivet eller på något annat ställe i den kodifierade gemenskapsrätten, bortsett från artikel 196 i Euratomfördraget, som dock inte är relevant här. Det finns emellertid en omfattande rättspraxis från domstolen avseende företagsbegreppet. Därvid är först och

främst att skilja mellan olika företagsbegrepp. I några domar behandlas begreppet i samband med den fria rörligheten för tjänster enligt artikel 59 i EG-fördraget, i andra inom ramen för konkurrensreglerna i artikel 85 och följande artiklar i fördraget.

13. Vad angår begreppet företag i direktiv 77/187 vill jag i första hand hänvisa till domen i målet Redmond Stichting. [4] I den domen har domstolen indirekt avgjort att verksamheten inte behöver bedrivas i vinstsyfte för att en inrättning skall anses som ett företag i den mening som avses i direktiv 77/187. I det fallet var det fråga om en stiftelse som särskilt ägnade sig åt hjälp till missbrukare. Trots att vinstsyfte saknades ansåg domstolen att stiftelsen var ett företag. Avgörandet bekräftades år 1994 när domstolen i målet C-382/92 (kommissionen mot Förenade kungariket) [5] uttryckligen hänvisade till domen Redmond Stichting såvitt avsåg begreppet företag i direktivet.

14. Domstolen avhandlade emellertid inte i någon av dessa två domar den offentliga sektorn; domarna innehåller därför inte heller någon uttrycklig anvisning för huruvida frågan om direktivet kan tillämpas inom detta område eller inte. Utöver uttalandet att ett vinstsyfte inte erfordras innehåller domarna inte några kriterier för prövning av vad som skall anses vara ett företag i direktivets mening.

15. Förenade kungariket har vid den muntliga förhandlingen dock gjort gällande, att den rättspraxis som utvecklats beträffande begreppet företag i artikel 85 i EEG-fördraget kan tillämpas även på företag enligt direktiv 77/187. Kungariket stöder sig därvid på domen i mål C-382/92. [6] Domstolen har i den domen såvitt avser frågan om huruvida ett vinstsyfte erfordras uttalat, att den i konkurrensrättsliga och socialrättsliga fall åtminstone indirekt redan har fastslagit, att ett sådant inte krävs. Av detta drar Förenade kungariket slutsatsen, att de avgöranden i rättspraxis som avser begreppet företag i artikel 85 är tillämpliga även på företag enligt direktivet 77/187.

16. Det förefaller mig tveksamt om man kan dra så vittgående konsekvenser enbart ur den nämnda formuleringen. För övrigt skulle det inte heller föra särskilt långt i detta fall, eftersom det inte heller i samband med artikel 85 avgjordes om en del av den offentliga sektorn, t. ex. en kommun, är ett företag i den mening som avses i artikeln. Visserligen var det i fallet General Motors [7] fråga om offentligrättsliga uppgifter som fullgjordes av ett privat företag. Domstolen fann därvid, att

4 — Dom av den 19 maj 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Rec. 1992, s. I-3189).

5 — Dom av den 8 juni 1994, kommissionen mot Förenade kungariket (C-382/92, Rec. 1994, s. I-2435), punkt 44.

6 — Mål C-382/92, kommissionen mot Förenade kungariket (ovan fotnot 5).

7 — Dom av den 13 november 1975, General Motors (26/75, Rec. 1975, s. 1367).

artikel 86 var tillämplig i det konkreta fallet och att det därför inte var uteslutet att det var fråga om ett företag. Att anmärka är dock, att frågan inte var huruvida en organisationsenhet som normalt utövar offentligrättsliga funktioner är att anse som ett företag, utan att det förhöll sig precis tvärtom. Redan av detta skäl förefaller det mig här vara till föga hjälp att falla tillbaka på den rättspraxis som hänför sig till artikel 85. Detta gäller så mycket mer som domstolen själv, som kommissionen påpassligt anmärker, har ställt upp den allmänna regeln, att begreppet "företag" skall tillmätas den betydelse som är mest lämplig med hänsyn till ändamålet med de berörda gemenskapsreglerna och den praktiska verkan dessa har. [8] Det betyder i detta fall att man med ledning av direktivet måste avgöra om detta kan tillämpas på en kommunal förvaltning eller ej.

17. Den tyska regeringen avböjer utan vidare en sådan tillämpning. Enligt dess mening omfattar direktivet inte sådan verksamhet, innebärande myndighetsutövning, som den som i detta fall utfördes av den ordinarie borgmästaren i Schierke kommun. Den tyska regeringen har uppgivit att borgmästaren var behörig att lämna bygglov, att sköta finanserna och förvaltningen av fast egendom samt att handlägga kommunens tvister. Dessa uppgifter ingår i det kommunala självstyret, varför borgmästarens verksamhet i dessa fall (också) innebar myndighetsutövning. Enligt domstolens praxis måste överlåtelsen av ett företag emellertid alltid avse överförande av en *ekonomisk* enhet. Det måste enligt den tyska regeringen med andra ord föreligga ett samband med utövandet av en ekonomisk verksamhet.

18. Som ett ytterligare argument har den tyska regeringen anfört, att direktivet stöder sig på artikel 100 i EEG-fördraget. Artikeln är den rättsliga grunden för direktiv om tillnärmning av sådana lagar och förordningar i medlemsstaterna "som får en direkt verkan på den gemensamma marknadens upprättande och funktion". Kommuner deltar emellertid inte i den gemensamma marknaden när de fullgör uppgifter som innebär myndighetsutövning. Det föreligger enligt den tyska regeringen inte heller något samband mellan kommunernas myndighetsutövning och de gemenskapens verksamheter som anges i artikel 3 i EG-fördraget.

19. Vidare har den tyska regeringen gjort gällande, att den kommunala verksamheten uttömmande regleras i nationell lag och att den därför inte kan vara del av gemenskapens ekonomiska system och inte heller får regleras av rådet.

8 — Dom av den 2 oktober 1991, Vandevenne (C-7/90, Rec. 1991, s. I-4371), punkt 6.

20. Även direktivets ordalydelse talar enligt den tyska regeringens mening mot att det skulle kunna tillämpas i detta fall. I direktivet talas om "företag", "verksamhet", "delar av verksamheter" och "byte av innehavare". Där används således begrepp som inte kan tillämpas i föreliggande fall.

21. Den tyska regeringen anser vidare, att det inte heller var nödvändigt att i direktivet göra ett undantag för arbetstagare inom den offentliga sektorn, eftersom det redan från början var klart att det endast var fråga om överlåtelse av ekonomiska enheter och att direktivet med hänsyn till vad det avsåg att reglera därför inte skulle tillämpas inom den offentliga sektorn.

22. Jag anser det felaktigt att, så som den tyska regeringen gör, generellt avvisa tillämpning av direktivet i detta fall. Ingen bestrider — inte heller den tyska regeringen — att en kommun mycket väl kan vara ekonomiskt verksam. Kärandens ombud har vid den muntliga förhandlingen nämnt några exempel på uppgifter för kommunen som är av industriell eller kommersiell natur. Sådana uppgifter är försäljning, uthyrning eller utarrendering av kommunägda fastigheter, hus eller lägenheter, uthyrning av kommunala samlingsutrymmen till privata anordnare av fester, verksamhet, närmast i form av reklam, för att främja turismen och många tjänster som tillhandahålls mot betalning, till exempel daghem, kulturutbud, upplåtelse av parkeringsplatser och offentlig lokal persontrafik. Här kan också nämnas de klassiska uppgifterna för kommunala bolag: renhållning och vattenhushållning. Även om utövandet av en ekonomisk verksamhet skulle anses vara en förutsättning för tillämpning av direktivet skulle man med andra ord mycket väl kunna behandla en kommun som ett företag i direktivets mening. Det kan därför diskuteras om kommunen och dess anställda skall uteslutas från direktivets tillämpningsområde endast därför att kommunen också svarar för uppgifter som innebär myndighetsutövning. Det är så mycket mer tveksamt som kommunerna — som kärandens ombud påpekat vid den muntliga förhandlingen — enligt Sachsen-Anhalts kommunallag (GO LSA) och författning inte utövar någon myndighet i strikt mening (polisverksamhet, straffverkställighet, militär verksamhet).

23. Man kan inte heller — som den tyska regeringen gör — bestrida tillämpning av direktivet inom den kommunala verksamheten med åberopande av att rådet inte har kompetens att reglera denna. Utgångspunkten är här inte ett direktiv av rådet avseende den offentliga sektorn utan ett direktiv om skydd för arbetstagare, vilket eventuellt skall gälla även inom den offentliga sektorn. Om det över huvud taget blir nödvändigt skall det senare prövas om den rättsliga grunden för direktivet, nämligen artikel 100 i EG-fördraget, tillåter en sådan utvidgning.

24. Det finns övertygande argument även mot vad den tyska regeringen anfört avseende undantag för det aktuella området. Kommissionen är sålunda av den meningen, att direktivet är tillämpligt inom den offentliga sektorn just därför att denna inte uttryckligen undantas. Som exempel på motsatsen åberopar kommissionen direktivet om massavskedanden [9], i vilket den offentliga sektorn uttryckligen har undantagits från tillämpningsområdet. Direktivet 77/187 nämner bara ett undantag (i artikel 1.3), och detta hänför sig till sjöfarten. Av angivet skäl anser kommissionen, att direktivet i princip är tillämpligt inom den offentliga sektorn.

25. Visserligen skiljer även kommissionen mellan olika områden, beroende på om det är fråga om en verksamhet som enligt domstolens praxis innebär myndighetsutövning eller ej. Enligt kommissionens mening är det endast ren myndighetsutövning, till exempel de funktioner som utövas av borgmästare, polis eller fångvårdspersonal, som inte faller under direktiv 77/187. Däremot gäller direktivet sådan förvaltning som innebär ekonomisk verksamhet och traditionellt bedrivs av kommunala bolag, såsom renhållningsbolag, vattenverk och trafikföretag. Även uppgifter som innebär myndighetsutövning kan enligt kommissionen emellertid hänföras till denna kategori, nämligen när de utförs av personer som enligt nationella arbetsrättsliga föreskrifter är skyddade i egenskap av arbetstagare (till sådana hör enligt kommissionens mening till exempel borgmästarens anställda sekreterare) eller av personer som enligt domstolens rättspraxis inte har någon myndighetsutövande funktion och vilkas uppgifter i princip skulle kunna utföras av ett privat företag och i vinstsyfte. Till sådana personer räknar kommissionen till exempel borgmästarens sekreterare, vars uppgifter också skulle kunna utföras av ett externt företag som tillhandahåller kontorstjänster.

26. Även när det ostridigt föreligger en verksamhet som innebär myndighetsutövning är direktivet enligt kommissionen tillämpligt, om området i fråga är privaträttsligt organiserat. Som exempel nämner kommissionen privatiseringen av statliga fångvårdsanstalter.

27. En liknande mening företrädde också Förenade kungariket vid den muntliga förhandlingen. Därvid gjordes visserligen inte någon strikt skillnad mellan begreppet företag och begreppet överlåtelse av ett företag, men man kan trots detta av kungarikets inlägg dra slutsatsen, att en enhet som

9 — Rådets direktiv 75/129/EEG av den 17 februari 1975 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om massavskedanden (EGT nr L 48, s. 29) senast ändrat genom rådets direktiv 92/56/EEG av den 24 juni 1992 (EGT nr L 245, s. 3).

väsentligen eller enbart utför "regeringsverksamhet" (Regierungstätigkeiten), dvs. verksamhet som till sin natur inte är av ekonomisk art, skulle falla utanför direktivets tillämpningsområde. Även hänvisningen till domen Eurocontrol [10] visar att det enligt Förenade kungarikets mening bör ske en differentiering beroende på om verksamheten innebär myndighetsutövning eller ej. I nämnda dom ansågs kontroll och övervakning av luftrum vara uppgifter som är typiska för offentlig förvaltning och inte av ekonomisk art.

28. Härtill måste anmärkas att sistnämnda dom avser begreppet företag i artikel 85. Som ovan utvecklats är det diskutabelt om detta kan överföras till direktivet. Man kan dock konstatera, att tillämpningen av direktivet enligt Förenade kungarikets mening alltid måste vara beroende av om det är fråga om ekonomisk verksamhet eller om en verksamhet som är typisk för den offentliga förvaltningen.

29. Kriteriet för att det är fråga om en verksamhet som innebär myndighetsutövning eller som är typisk för offentlig förvaltning synes mig inte vara rätt utgångspunkt för att definiera begreppet företag i direktiv 77/187. Detta framgår enligt min mening redan av rent praktiska överväganden. Bortsett från de kommunala bolagens traditionella uppgifter och rent myndighetsutövande funktioner förefaller det mig bli mycket svårt för att inte säga omöjligt att dra en gräns i enskilda fall. Även i fråga om vad som skall anses vara verksamhet som innebär myndighetsutövning har det nämligen under de senaste åren skett en enorm förändring. Verksamhet som ännu för några år sedan ansågs vara ren myndighetsutövning utförs nu för tiden av privata företag. Som exempel vill jag här nämna det tyska postverket (Deutsche Bundespost) som numera är privatiserat (Telekom, Post-Bank, Post-AG), trots att man ännu för några år sedan utgick från att dess verksamhet var ren myndighetsutövning. Kommissionen nämner själv ytterligare ett exempel: privatiseringen av fångvårdsanstalter. Kriteriet för vad som är myndighetsutövande verksamhet är med andra ord svårt att bestämma, eftersom det är föremål för ständiga förändringar. Verksamhet som i dag räknas som ren myndighetsutövning kan redan om några år komma att utföras av ett privat företag i vinstsyfte. Det är å andra sidan inte uteslutet, att uppgifter som utförts av ett privat företag inom någon tid återigen räknas som myndighetsutövning. Det går därför knappast att motivera att anställda som utför sådana uppgifter först åtnjuter skydd enligt direktivet men inte längre skall åtnjuta detta, när uppfattningen avseende verksamhetens karaktär av myndighetsutövning ändrats. Det kan också diskuteras, hur en arbetstagaresom utövar både verksamhet som innebär myndighetsutövning och ekonomisk verksamhet skulle klassificeras.

30. Av detta skäl synes det lämpligare att närma sig problemet från ett annat håll. Det

10 — Dom av den 19 januari 1994, SAT mot Eurocontrol (C-364/92, Rec. 1994, s. I-43).

är enligt min mening mera ändamålsenligt att med ledning av direktivets syfte pröva om en kommun kan vara ett företag i direktivets mening eller inte. Som domstolen redan har fastslagit [11] framgår det av ingressövervägandena i direktiv 77/187 att syftet är att hindra att strukturförändringar inom den gemensamma marknaden får en negativ verkan för arbetstagarna i berörda företag. Det primära är med andra ord att skydda arbetstagarna. Att direktivet har en socialrättslig betydelse framgår också av den omständigheten att det — som kommissionen också har påpekat — tillkännagavs i rådets beslut om ett socialpolitiskt handlingsprogram. [12]

Det femte ingressövervägandet i direktivet hänför sig till artikel 117 i fördraget, som lyder:

"Medlemsstaterna är ense om behovet att främja förbättringar av arbetstagarnas arbetsvillkor och levnadsstandard och att därigenom möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålles. ..."

31. Visserligen hänvisas i det fjärde ingressövervägandet i direktivet till att skillnaderna mellan medlemsstaterna beträffande omfattningen av arbetstagarnas skydd kan ha direkt betydelse för den gemensamma marknadens funktion. Därav följer dock inte att direktivets syfte endast är att garantera att den gemensamma marknaden fungerar. Tvärtom är det huvudsakligen fråga om arbetstagarnas skydd vid överlåtelse av företag.

Artikel 117 har två syften — ett ekonomiskt och ett socialt. Det sociala syftet är att förbättra levnadsstandard och arbetsvillkor, det ekonomiska att hindra att nivåskillnader i fråga om utvecklingen av medlemsstaternas arbets-och sociallagstiftning leder till nackdelar i fråga om konkurrens för företag i medlemsstater med hög skyddsnivå eller till och med orsakar allvarliga störningar i den gemensamma marknadens funktion. Även av detta framgår tydligt, att direktivets syfte är att skydda arbetstagarna vid överlåtelse av ett företag. Mot denna bakgrund förefaller det ändamålsenligt att bedöma frågan om direktivets tillämplighet med utgångspunkt i den personkrets som skall skyddas, dvs. arbetstagarna. Även kommissionen har i sin skriftliga inlaga angett en liknande infallsvinkel.

11 — Dom av den 7 februari 1985, Abels (135/83, Rec. 1985, s. 469), punkt 18.

12 — EGT nr C 13, 12.2 1974, s. 1.

32. Om man utgår ifrån att direktivets mening och ändamål är att skydda arbetstagarna vid överlåtelse av ett företag måste detta skydd komma alla de arbetstagare till godo som i de nationella föreskrifterna är skyddade i egenskap av arbetstagare. Den yttersta konsekvensen blir då att direktivet alltid kan tillämpas, när det inom ett företag eller en organisationsenhet finns anställda som enligt de nationella bestämmelserna är skyddade i egenskap av arbetstagare. Detta innebär i sin tur att direktivet är tillämpligt på de organisationsenheter som har anställda som är arbetstagare i de nationella skyddsbestämmelsernas mening. På detta sätt garanteras att alla arbetstagare som är skyddade enligt de nationella bestämmelserna också åtnjuter det skydd direktivet ger.

33. Med hänsyn till direktivets skyddssyfte är det svårt att inse varför anställda inom den offentliga sektorn — på sätt den tyska regeringen påstår — skulle vara uteslutna från tillämpning av direktivet endast därför att deras ämbetsverk *också* svarar för uppgifter som innebär myndighetsutövning. Detta skulle enligt min mening entydigt strida mot direktivets skyddssyfte. När begreppet "företag" diskuteras bör man därför inte skilja mellan verksamhet som innebär myndighetsutövning och ekonomisk verksamhet, utan endast utgå från begreppet arbetstagare. Man bör inte heller skilja mellan anställda inom den offentliga sektorn och anställda i privat tjänst. En sådan skillnad skulle också leda till resultat som strider mot direktivets skyddssyfte, särskilt som denna skillnad inte existerar i alla medlemsstater (i till exempel Förenade kungariket innebär det ingen skillnad om en förvärvsarbetande är anställd i offentlig eller privat tjänst).

Värt att nämna i detta sammanhang är också att privaträttsliga kollektivavtal i Tyskland till och med inom den offentliga sektorn kan tillämpas på anställdas arbetsvillkor.

34. En enhetlig tillämpning inom gemenskapen av direktivet enligt dess skyddssyfte kan alltså bara uppnås om man utgår ifrån arbetstagarbegreppet. De svårigheter att dra en gräns mellan verksamhet som innebär myndighetsutövning och sådan som inte gör det, som jag har redovisat i det föregående (punkt 29), skulle då inte alls uppstå.

35. Denna mening företrädde också generaladvokaten Van Gerven i sitt förslag till avgörande i målet Redmond Stichting. [13] Han kom till den slutsatsen att begreppet företag i direktivet skulle tolkas vidsträckt och att det, för att besvara frågan om en viss fysisk eller juridisk person är ett företag enligt ett direktiv som i likhet med det föreliggande har ett uttalat socialt syfte, är avgörande om en eller flera personer är arbetstagare till denna

13 — Förslag till avgörande av den 24 mars 1992 (C-29/91, Rec. 1992, s. I-3189, 3196).

fysiska eller juridiska person på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande i den mening som avses i artikel 3.1 i direktivet. Han konstaterade vidare, att arbetstagare enligt domstolens rättspraxis härvid, till skillnad från motsvarande begrepp i artikel 48 i EEG-fördraget, innefattar alla personer som i den berörda medlemsstaten i egenskap av arbetstagare är skyddade på grund av de nationella arbetsrättsliga bestämmelserna.

36. Sistnämnda fråga avgjordes för övrigt av domstolen redan år 1985 [14] och bekräftades 1986. [15] I domen Danmols Inventar var det fråga om att definiera arbetstagare i den mening begreppet har i direktiv 77/187. Domstolen hänvisade i detta sammanhang till ingressövervägandena enligt vilka skyddet av arbetstagarnas rättigheter skulle säkerställas vid ett byte av arbetsgivare. Därav följer enligt domstolen att direktivet endast innebär en partiell harmonisering av lagbestämmelser, eftersom det huvudsakligen går ut på att utvidga det skydd som arbetstagarna redan har enligt de enskilda medlemsstaternas lagstiftning även till de fall då företag överlåts. Direktivet syftar således till att så långt möjligt säkerställa, att anställningsavtal eller arbetsvillkor får gälla i oförändrad form även under den nye ägaren, för att på så sätt förhindra att de arbetstagare som berörs av företagsöverlåtelsen blir sämre lottade enbart på grund av överlåtelsen. Avsikten med direktivet är dock inte att skapa en enhetlig skyddsnivå för hela gemenskapen. Därav drar domstolen också slutsatsen att endast de personer kan åberopa direktivet som på ett eller annat sätt i egenskap av arbetstagare är skyddade enligt lagstiftningen i den berörda medlemsstaten.

37. Förutom bestämningen av arbetstagarbegreppet i direktivets mening framgår av domen i Danmols Inventar också, att direktivets syfte är att skydda arbetstagarna vid överlåtelse av företag och att så långt möjligt säkerställa att deras anställningsavtal fortsätter att gälla. Detta är som ovan nämnts endast möjligt om man vid bedömningen av direktivets tillämplighet utgår enbart från begreppet arbetstagare.

38. Den omständigheten att direktivet grundar sig på artikel 100 i EG-fördraget är inte heller något hinder mot att definiera begreppet "företag" med utgångspunkt från de personer som är sysselsatta i företaget. Artikeln hänför sig som ovan nämnts till den gemensamma marknadens funktion. Arbetsmarknaden inom gemenskapen respektive arbetstagarnas situation är emellertid också en del av den gemensamma marknaden. Det finns ett intimt samband mellan den gemensamma marknaden och arbetstagarnas situation. Ekonomisk utveckling och omstruktureringar kan medföra nackdelar för arbetstagarna (att förhindra att så sker är ju just meningen och ändamålet med direktiv 77/187), oberoende av om dessa är anställda i det privata näringslivet eller inom den offentliga sektorn. Nackdelarna kan få verkningar på arbetsmarknaderna eller en del av

14 — Dom av den 11 juli 1985, Danmols Inventar (105/84, Rec. 1985, s. 2639), punkt 28.

15 — Dom av den 15 april 1986, kommissionen mot Belgien (237/84, Rec. 1986, s. 1247), punkt 13.

dessa i de berörda medlemsstaterna. På grund av arbetstagarnas fria rörlighet står medlemsstaternas arbetsmarknader i så nära förbindelse med varandra att arbetstagarnas situation i medlemsstaterna och de olika regler som gäller kan få gränsöverskridande verkningar. [16] Av detta kan man se att en kommun som sysselsätter arbetstagare som omfattas av det nationella skyddet också kan påverka den gemensamma arbetsmarknadens och därmed den gemensamma marknadens funktion.

39. Å andra sidan kan olika nivåer för arbetstagarnas skydd i de enskilda medlemsstaterna leda till snedvridning av konkurrensen. Företrädare för Förenade kungariket har delvis bestritt detta vid den muntliga förhandlingen. Kungariket har i detta sammanhang hänvisat till domen i målet C-382/92 (Kommissionen mot Förenade kungariket) [17], i vilken dom domstolen har fastslagit att ett syfte med direktivet också är att anpassa de kostnader till varandra som i samband med skyddsföreskrifterna uppkommer för företag inom gemenskapen. Förenade kungariket drar därav slutsatsen, att en kommunal förvaltning inte faller inom direktivets tillämpningsområde om den fullgör uppgifter som är typiska för förvaltning och alltså inte konkurrerar med andra företag.

40. En sådan skillnad beroende på verksamhetens karaktär av förvaltning är oförenlig med direktivets huvudsyfte, att skydda arbetstagarna, vilket redan utförligt diskuterats i punkt 33.

41. Direktivet är alltså alltid tillämpligt när det i ett företag eller i en organisationsenhet finns arbetstagare som omfattas av de nationella skyddsföreskrifterna. Det spelar därvid inte någon roll om företaget är verksamt inom den offentliga sektorn eller i det privata näringslivet. Direktivet kan med andra ord tillämpas även på en kommun, om där finns arbetstagare som omfattas av de nationella skyddsföreskrifterna. Det ankommer på den nationella domstolen att pröva om så är fallet.

42. Skulle domstolen inte dela den mening jag här uttryckt utan anse att en förutsättning för att direktivet skall kunna tillämpas också är, att företaget utövar en ekonomisk verksamhet, vill jag beträffande denna förutsättning anföra följande. Även om man delar den tyska regeringens och Förenade kungarikets åsikt att ekonomisk verksamhet principiellt är en förutsättning för tillämpning av direktivet, leder detta i föreliggande fall inte till något annat resultat, eftersom kommunen är ekonomiskt verksam i denna mening. Som redan nämnts har kärandens ombud vid den muntliga förhandlingen gett ett flertal exempel på att kommunen bedriver kommersiell

16 — Fjärde övervägandet i direktivets ingress.
17 — Se ovan fotnot 5.

eller industriell verksamhet. Varken den tyska regeringen eller Förenade kungariket bestrider, att kommunen utövar nämnda verksamhet. Kommunen är därmed en del av näringslivet. Begreppet näringsliv inom gemenskapen omnämns i artikel 2 i EG-fördraget där gemenskapens mål anges. Där fastslås som en av gemenskapens uppgifter att genom upprättande av en gemensam marknad främja en harmonisk och väl avvägd utveckling av näringslivet inom gemenskapen. Enligt domstolens fasta praxis skall därvid begreppet näringsliv tolkas vidsträckt. Sålunda fastslog domstolen redan i domen Donà [18] att "utförande av arbete eller tjänst mot betalning" utgör en del av näringslivet i den mening som avses i EEG-fördraget. För att en verksamhet skall anses ingå i näringslivet räcker det alltså att den utövas mot ersättning. Av fallet Lawrie-Blum framgår att det utslagsgivande därvid inte är vare sig det område på vilket verksamheten utövas eller de rättsliga regler som styr den. I stället krävs det enligt domstolen för tillämpligheten av artikel 48 i EG-fördraget — som domen i målet Lawrie-Blum gällde — endast att berörd verksamhet har karaktär av ett *mot ersättning* utfört arbete. Detta gäller oberoende av inom vilket område den utövas. [19] I ytterligare ett avgörande avseende artikel 48 har domstolen fastställt, att inte heller arten av rättsförhållande mellan arbetstagare och arbetsgivare, dvs. om detta grundar sig på offentligrättslig status eller på ett privaträttsligt avtal, är utslagsgivande. [20]

43. Visserligen rör de båda nämnda domarna inte direktiv 77/187, men även generaladvokaten Van Gerven tar i sitt förslag till avgörande i målet C-382/92 (kommissionen mot Förenade kungariket) [21] sikte på frågan om verksamheten utövas mot betalning. Vid definitionen av företagsbegreppet utgår även han från att EG-fördraget enligt dess grundläggande artikel 2 omfattar hela näringslivet i gemenskapen och att sistnämnda begrepp skall förstås i mycket vidsträckt mening. För att en verksamhet skall kunna anses ingå i näringslivet räcker det med att den sker mot betalning. Det område inom vilket den utövas är däremot inte av utslagsgivande betydelse. Eftersom en kommun ostridigt utövar verksamheter mot betalning, kan det alltså inte betvivlas att den ingår i näringslivet. En kommun är därmed alltså ekonomiskt verksam och tar del i den gemensamma marknaden.

44. Resultatet torde bli detsamma även om man skulle stödja sig på praxis enligt domen i målet Levin. [22] I den domen avgjorde domstolen, beträffande tillämpningsområdet för artikel 48, att den ekonomiska verksamheten inte längre kan anses utgöra en del av näringslivet om den blir av ringa och underordnad betydelse. Det ankommer på den nationella domstolen att fastställa omfattningen av den ekonomiska verksamheten. Jag vill här dock hänvisa till att man enligt vad kärandeombudet oemotsagt uppgav vid den muntliga förhandlingen kan utgå ifrån att den ekonomiska verksamhet som Schierke kommun utövade knappast torde kunna anses vara ringa och av underordnad betydelse.

18 — Dom av den 14 juli 1976, Donà (13/76, Rec. 1976, s. 1333), punkterna 12 och 13.

19 — Dom av den 3 juli 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. 1986, s. 2121), punkt 20.

20 — Dom av den 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, Rec. 1974, s. 153), punkt 6.

21 — Förslag till avgörande av den 2 mars 1994, kommissionen mot Förenade kungariket (C-382/92, Rec. s. I-2435, 2438), punkt 22—27.

22 — Dom av den 23 mars 1982, Levin (53/81, Rec. 1982, s. 1035), punkt 17.

45. Därutöver vill jag ännu en gång hänvisa till att kommunen, som redan sagts, även genom att sysselsätta arbetstagare tar del i den gemensamma arbetsmarknaden och därmed i den gemensamma marknaden.

46. Att kommunen bedriver verksamhet av ekonomiskt slag kan inte heller bestridas med åberopande av att kommunen *också* bedriver verksamhet som innebär myndighetsutövning. Det skulle strida mot direktivets skyddssyfte om arbetstagarna skulle uteslutas från direktivets skydd endast av det skälet att kommunen vid sidan av den ekonomiska verksamheten också utövar verksamhet som innebär myndighetsutövning.

47. Även kommissionens synsätt att de enskilda områdena i den kommunala förvaltningen bör betraktas var för sig faller för övrigt på grund av direktivets skyddssyfte. I detta sammanhang nämner kommissionen problemen med funktionssuccessionen som domstolen redan flera gånger har behandlat och enligt kommissionen kommer att få behandla i framtiden. [23] För lösningen av föreliggande fall är kommissionens teori dock utan betydelse eftersom det helt klart kan konstateras att det inte var enstaka funktioner i företaget som skulle överlåtas utan hela enheten. En tillämpning av den av kommissionen hävdade teorin på ett fall som detta då hela enheten skall överlåtas skulle medföra många problem. Varför skulle en anställd i kommunförvaltningen, som i den nationella lagstiftningen behandlas på samma sätt som sina övriga kolleger, uteslutas från direktivets skyddsområde bara därför att han till skillnad från kollegerna också utför uppgifter som innebär myndighetsutövning? Det kan diskuteras hur man skulle göra om den anställdes verksamhet skulle förändras så att han enbart skulle komma att utföra en verksamhet av ekonomisk natur.

En sådan uppdelning i enskilda verksamhetsområden är inte heller praktiskt genomförbar av ett annat skäl. Hur skulle man klassificera de anställda i en liten kommun som utövar flera funktioner samtidigt, innefattande både ekonomiska uppgifter och uppgifter som innebär myndighetsutövning? Endast om man bortser från direktivets skyddssyfte skulle den enda grunden till att utesluta en anställd från direktivets tillämpningsområde vara att han endast i försumbar omfattning är ekonomiskt verksam (jämför diskussionen i fallet Levin, punkt 44 i domen). Att fastställa detta skulle å andra sidan vara något som ankommer på den nationella domstolen.

Följaktligen skulle direktivet vara tillämpligt på kommunen även enligt detta alternativ.

23 — I själva verket är för närvarande flera mål som avser denna fråga anhängiga vid domstolen.

48. Detta överensstämmer för övrigt också med kommissionens förslag till ändring av direktivet [24], där det uttryckligen föreskrivs att direktivet skall tillämpas inom den offentliga sektorn. Som kommissionen gör gällande i det sjätte ingressövervägandet är det nödvändigt att förtydliga hittillsvarande reglering. I enlighet därmed är det för att tillgodose rättssäkerhet och klarhet enligt kommissionen nödvändigt att "uttryckligen föreskriva att direktivet med hänsyn till domstolens praxis gäller för privata och offentliga företag som bedriver ekonomisk verksamhet oberoende av om detta sker i vinstsyfte eller ej". I de föreslagna nya direktivbestämmelserna används i fortsättningen begreppet "företag" utan närmare definition. Man måste alltså även i fortsättningen hålla sig till de kännemärken som domstolen redan har uppställt eller kommer att uppställa. Angående det av kommissionen i förslaget använda begreppet "ekonomisk verksamhet" återstår att anmärka följande: Ser man formuleringen i samband med vad kommissionen har anfört följer därav att begreppet företag inte skall tolkas snävare än hittills och att enligt kommissionens uppfattning även verksamhet som innebär myndighetsutövning kan falla under begreppet "ekonomisk verksamhet". Enligt kommissionens mening är direktivet även tillämpligt, när en offentliganställd sekreterare utför en uppgift som även kan utföras av ett privat företag. Av detta kan man dra slutsatsen, att sekreteraren då utövar ekonomisk verksamhet i direktivets mening. Detta betyder i sin tur såvitt avser tolkningen av begreppet "ekonomisk verksamhet" att kommissionen därmed betecknar sådan verksamhet som — även om den innebär myndighetsutövning — också kan utföras av ett privat företag. Den av kommunen bedrivna kommersiella verksamhet som här står under debatt faller därför utan vidare också in under begreppet "ekonomisk verksamhet". Direktivet skulle med andra ord vara tillämpligt i detta fall även enligt kommissionens ändringsförslag, framför allt också med tanke på att dess skyddssyfte förblir oförändrat.

49. Endast som en komplettering vill jag hänvisa till att Bundesarbeitsgericht företräder en uppfattning som motsvarar den som här har utvecklats. Domstolen har sålunda beslutat att § 613 a i Bürgerliches Gesetzbuch skall tillämpas på offentliga inrättningar, skolor, krigsmakten och liknande. Nämnda paragraf är den föreskrift varigenom direktivet har införlivats med tysk rätt. [25]

50. Sammanfattningsvis vill jag därför än en gång betona, att ett företag i direktivets mening enligt min uppfattning alltid föreligger när en organisationsenhet sysselsätter arbetstagare som omfattas av de tillämpliga nationella arbetsrättsliga skyddsföreskrifterna.

24 — Kommissionens förslag till ett direktiv om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter (EGT nr C 274, 1.10 1994, s. 10 f.).

25 — Bundesarbeitsgerichts dom av den 16 mars 1994, AZ: 8 AZR 639/92, publicerad i *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1995, s. 125— 127; Bundesarbeitsgerichts dom av den 21 juli 1994, AZ: 8 AZR 227/93, publicerad i *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1995, s. 119; Bundesarbeitsgerichts dom av den 7 september 1995, AZ: 8 AZR 928/93, publicerad i *Arbeit und Recht* 1996, s. 29.

Överlåtelse av företag

51. Eftersom det nu har konstaterats att Schierke kommun i detta fall är ett företag i direktivets mening uppkommer frågan om det skett en "överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet" i direktivets mening.

52. Käranden har i detta avseende gjort gällande, att kommunens uppgifter och allt som krävs för att utföra dem, det vill säga akter, disketter och övrigt material, har överförts till kommungruppen Brocken och att det därför föreligger en överlåtelse i direktivets mening.

53. Kommissionen har i sitt anförande framför allt hänvisat till domstolens dom i målet Spijkers. [26] Enligt den domen är det alltid fråga om en överlåtelse när en ekonomisk enhet, inom vilken berörda arbetsförhållanden föreligger, bevarar sin identitet och det bara är ägarförhållandet som ändrats.

54. Att det såvitt avser Schierke kommun förelåg en ekonomisk enhet med egen identitet från kommunens sida bekräftas, beträffande det område inom vilket käranden var verksam, av att främjande av ekonomisk utveckling och turism och det därtill hörande förvaltningsarbetet var organisatoriskt sammankopplade och att medel hade avsatts för genomförandet av uppgifterna. Såvitt avser bevarandet av identiteten vid överlåtelse anser kommissionen, att det avgörande inte skall vara att de uppgifter som käranden tidigare fullgjort inom sitt ansvarsområde numera har lösts och utförs av kommungruppen även för övriga medlemskommuner, utan att det avgörande framför allt är, att allt vad Schierke kommun tidigare utfört nu utförs av kommungruppen i liknande eller samma form, i kommunens intresse och för kommunen.

55. Även Förenade kungarikets regering har i detta sammanhang hänvisat till domstolens dom i målet Spijkers och räknat upp de däri nämnda förutsättningarna för att en överlåtelse av ett företag skall anses föreligga. Den har vid sin prövning emellertid kommit till ett annat resultat än kommissionen.

Ett "regeringsorgan" (Regierungskörperschaft) kan enligt Förenade kungariket endast omfattas av direktivets tillämpningsområde när det är fråga om överlåtelse av en stabil ekonomisk enhet. Denna överlåtelse måste göra det möjligt att fortsättningsvis bedriva åtminstone vissa delar av överlåtarens verksamhet. En ekonomisk enhet

26 — Dom av den 18 mars 1986, Spijkers (24/85, Rec. 1986, s. 1119), punkt 11 ff.

omfattar lokaler och/eller förmögenhetsvärden och/eller anställda som fortsätter med den ekonomiska verksamheten. En lokal "regeringsmyndighet" (Regierungsbehörde) faller emellertid inte längre inom direktivets tillämpningsområde när den endast eller huvudsakligen fullgör uppgifter som är typiska för offentlig förvaltning.

56. Domstolen har redan flera gånger behandlat problemen med tolkning av begreppet "*överlåtelse* av företag". I målen Spijkers, Ny Mølle Kro och Redmond Stichting har domstolen fastslagit, att det avgörande kriteriet för svaret på frågan om det föreligger en överlåtelse i direktivets mening är att den överlåtna enheten bevarar sin identitet. [27]

Det skall alltså prövas om en ännu existerande ekonomisk enhet har överlåtits, vilket bland annat framgår av att den nye innehavaren faktiskt fortsätter eller återupptar verksamheten med samma eller liknande aktiviteter. [28]

57. Vid prövningen skall man främst ta sikte på om verksamheten fortsätter. Den "ännu existerande ekonomiska enheten" betecknar vid denna prövning det överlåtna "något" som enligt direktivets ordalydelse är ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet, såsom det redogjorts för ovan. [29]

58. För frågan om bevarande av identiteten måste samtliga omständigheter som kännetecknar det som inträffat beaktas. Dit hör framför allt företagets karaktär och handhavande av materiella tillgångar, såsom lokaler och lös egendom. Man måste emellertid också ta hänsyn till värdet av immateriella tillgångar, till om personalen eller en del av den övertas [30], till om kundkretsen överlåts och till graden av likhet mellan den verksamhet som tidigare utförts och den som den nye innehavaren utför. Allt detta är dock enligt domstolen bara delaspekter som skall ingå i en samlad bedömning och alltså inte får bedömas var för sig. [31]

59. Om dessa kriterier tillämpas på de faktiska omständigheterna i detta ärende ger det som är ostridigt i vad parterna anfört åtskilligt stöd för antagandet att berörda förutsättningar här har uppfyllts. Sålunda överlät Schierke kommun samtliga handlingar,

27 — Domen i mål 24/85, Spijkers (ovan fotnot 26); dom av den 17 december 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Rec. 1987 s. 5465), punkt 18 f. i domen, och mål C-29/91, Redmond Stichting (ovan fotnot 4), punkt 23 i domen.

28 — Mål 24/85 (ovan fotnot 26), punkt 12 i domen; mål 287/86, Ny Mølle Kro (ovan fotnot 27), punkt 18 i domen, och mål C-29/91, Redmond Stichting (ovan fotnot 4), punkt 23 i domen.

29 — Punkterna 32, 33 och 34 ovan.

30 — Dom av den 7 mars 1996 i de förenade målen C-171/94 och C-172/94, Merckx (REG s. I-1253), punkt 26.

31 — Mål C-29/91, Redmond Stichting (ovan fotnot 4), punkt 24 i domen, med hänvisning till mål 24/85, Spijkers (ovan fotnot 26), punkt 13 i domen.

disketter och allt övrigt material till kommungruppen. Senare har det visat sig att åtminstone en del av personalen har övertagits och att likheten mellan de verksamheter som utfördes respektive utförs av kommunen och kommungruppen är mycket stor, vilket också bestyrks av att *alla* Schierke kommuns uppgifter fortfarande utförs. Befolkningen i Schierke kommun, som i detta sammanhang måste betraktas som förvaltningens "kundkrets", får nu sina behov tillgodosedda genom kommungruppens försorg.

Av vad som framkommit kan man också utläsa, att de gamla lokalerna fortfarande delvis används, till exempel som avdelningskontor.

Allt detta är omständigheter som vid en samlad bedömning ger anledning till slutsatsen att den nye "innehavaren", kommungruppen Brocken, faktiskt fortsätter den hittillsvarande verksamheten på ett åtminstone likartat sätt; mycket talar därför för att de kriterier domstolen uppställt i domen Spijkers kan vara uppfyllda.

Den omständigheten att den nybildade kommungruppen utför sina uppgifter för flera kommuner och delvis har förlagt sina funktioner till avdelningskontor hindrar inte att en överlåtelse kan antas ha skett.

Det är typiskt för och mestadels också meningen med en företagsöverlåtelse att det sker en nystrukturering och omorganisation av det gamla företaget. Direktivet avser inte heller att hindra detta; arbetstagarna skall bara skyddas från nackdelar på grund av överlåtelsen som sådan.

Uppsägningar av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl som blir en följd av förändringar i sysselsättningen kommer att kunna ske även i fortsättningen. [32]

60. Principiellt förblir det i varje fall den nationella domstolens sak att överväga alla de omständigheter som kan tala för att en enhet har bevarat sin identitet vid överlåtelsen, dvs. att den nye innehavaren fortsätter verksamheten åtminstone på ett liknande sätt.

32 — Artikel 4.1 andra meningen i direktiv 77/187.

Så till vida kan domstolens uppgift endast vara att tillhandahålla den nationella domstolen de redan nämnda kriterier som erfordras enligt gemenskapsrätten för att man i det enskilda fallet skall kunna nå fram till ett beslut som är förenligt med direktivet.

Lagenlig överlåtelse

62. Enligt kärandens uppfattning är överlåtelsen lagenlig i direktivets mening. Enligt delstaten Sachsen-Anhalts lagstiftning får en omstrukturering ske genom bildande av en förvaltningsgemenskap, men själva gemenskapen har tillkommit på grund av ett offentligrättsligt avtal. Det är alltså inte fråga om att helt enkelt verkställa en bindande lagbestämmelse utan man har öppnat en möjlighet för kommunerna att enligt sitt eget omdöme själva gestalta och bestämma den nya organisationens karaktär och omfattning. De deltagande kommunerna är därvid likaberättigade parter i ett offentligrättsligt avtal.

61. Mot bakgrund av det sagda skall enligt min mening den hänskjutande domstolens första fråga besvaras så, att det är fråga om en överlåtelse av företag, verksamhet eller del av en verksamhet enligt artikel 1.1 i direktiv 77/187 när två eller flera självständiga kommuner frivilligt sluter sig samman till en kommungrupp och därvid anställer personer som i nationell rätt skyddas i egenskap av arbetstagare samtidigt som de existerande kommunernas verksamhet faktiskt fortsätter.

Därvid måste man göra en samlad bedömning av samtliga omständigheter som kännetecknar det inträffade (här: bildandet av en kommungrupp), närmare bestämt de delegerade befogenheternas karaktär och omfattning, den utövade verksamheten, det territoriella ansvarsområdet, befogenheten att förfoga över handlingar i ärenden och andra medel för förvaltningen samt personalens övertagande. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma dessa faktiska omständigheter.

63. Kommissionen har i första hand hänvisat till domstolens domar i målen Abels och Redmond Stichting. [33] Den har vidare anfört att det, även om en offentlig förvaltning kan vara ett företag i direktivets mening, är svårt att förstå, varför man med "lagenlig överlåtelse" i artikel 1.1 i direktivet endast skulle avse överlåtelse på grund av ett privaträttsligt avtal. I vart fall kan en sådan begränsning inte utläsas ur direktivet; den skulle för övrigt vara oförenlig med direktivets skyddssyfte.

33 — Se ovan fotnot 11 och 4.

Dessutom var det offentligrättsliga avtalet enligt kommissionen en första förutsättning för att de efterföljande lagliga verkningarna skulle inträda. På detta förberedande stadium förfogade kommunerna över visst utrymme för att själva bestämma reglerna, dvs. direktivets tillämplighet var i första hand beroende av resultatet av förhandlingar mellan kommunerna.

64. Den tyska regeringen har gjort gällande, att det tvärtom finns en offentligrättslig överenskommelse om att bilda en förvaltningsgemenskap som skulle ta hand om myndighetsutövningen inom det kommunala ansvarsområdet. Någon lagenlig överlåtelse i direktivets mening har enligt den tyska regeringen alltså inte förekommit.

65. Denna uppfattning kan dock inte godtas. Som domstolen har fastslagit i sin fasta rättspraxis [34], senast i domen Merckx, skall begreppet *lagenlig överlåtelse* tolkas vidsträckt, eftersom de olika språkversionerna i direktivet avviker från varandra och begreppet har olika betydelse i de olika medlemsstaternas nationella lagstiftning. Tolkningen måste därvid ta hänsyn till direktivets syfte, dvs. att skydda arbetstagarna vid en överlåtelse av deras företag. Direktivet kan därför tillämpas i alla de fall "när det som ett led i ett avtalsförhållande sker ett byte av den fysiska eller juridiska person, som är ansvarig för verksamhetens drift och som tar på sig en arbetsgivares skyldigheter gentemot verksamhetens arbetstagare". [35]

Med utgångspunkt i direktivets redan nämnda syfte att skydda varje arbetstagare, som omfattas av den nationella rättens skyddsbestämmelser, från olägenheter på grund av att företaget överlåts, står det klart att både arbetstagarna i ett privaträttsligt företag och arbetstagarna inom den offentliga sektorn skall omfattas av detta skydd. Mot denna bakgrund kan det inte göra någon skillnad om avtalet mellan gammal och ny "innehavare" skall bedömas enligt privat eller offentlig rätt i den berörda staten.

66. Denna slutsats ändras inte heller om — som det sades vid den muntliga förhandlingen — enligt Sachsen-Anhalts lagstiftning bildandet av en kommungrupp medför att en del av uppgifterna kommer att övergå enligt lag. I första hand vill jag betona att det inte kan vara domstolens uppgift att utreda och pröva vilka delstatliga normer som är relevanta. Detta tillkommer endast nationella domstolar.

67. Vad som kan sägas på denna plats är dock, att det vid den muntliga förhandlingen

34 — Mål 135/83, Abels (ovan fotnot 11), punkt 11—13 i domen; mål C-29/91, Redmond Stichting (ovan fotnot 4), punkt 10 f. i domen.

35 — Förenade målen C-171/94 och C-172/94, Merckx (ovan fotnot 30), punkt 28 i domen.

också framkom, att kommunerna fritt kunde bestämma om och i så fall i vilken omfattning uppgifter, verksamheter och befogenheter över huvud taget skulle överlåtas. Såvitt avser de uppgifter som efter bildandet av kommungruppen övergår enligt lag är att säga, att kommunerna vid bildandet av kommungruppen var medvetna om de rättsliga följderna av de avtal som träffats. Bildandet av kommungruppen genom avtal skapade bara förutsättningarna för övergång av vissa uppgifter enligt lag. Kommunerna har alltså såtillvida medvetet och frivilligt samverkat för att låta de rättsliga följderna inträda. I föreliggande fall skulle man med andra ord kunna utgå från en lagenlig överlåtelse av uppgifter även om delstatens lag föreskrev en överlåtelse av uppgifterna enligt lag.

68. Om offentligrättsliga organ, t. ex. kommuner, överlåter uppgifter genom en offentligrättslig överenskommelse och detta berör arbetstagare som är skyddade i nationell rätt är direktivet alltså tillämpligt.

69. Som en följd av det sagda skall alltså svaret på den hänskjutande domstolens andra fråga bli att det, i den mån den första frågan besvaras jakande, är fråga om en lagenlig överlåtelse enligt artikel 1.1 i direktivet 77/187/EEG även när kommungruppen bildats genom ett offentligrättsligt avtal.

C — Förslag till avgörande

70. Jag föreslår att domstolen besvarar de hänskjutna frågorna på följande sätt:

1) Överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller del av en verksamhet i den mening som avses i artikel 1.1 i rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter föreligger i fall då två eller flera självständiga kommuner frivilligt sluter sig samman för att bilda en kommungrupp och därvid anställer personer som i nationell rätt skyddas i egenskap av arbetstagare samtidigt som de existerande kommunernas verksamhet faktiskt sett återupptas.

Detta förutsätter en samlad bedömning av samtliga omständigheter som är kännetecknande för det inträffade (här: bildandet av en kommungrupp), närmare bestämt de delegerade befogenheternas karaktär och omfattning, den utövade verksamheten, det territoriella ansvarsområdet, befogenheten att förfoga över handlingar i ärenden och andra medel för förvaltningen samt personalens övertagande. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma dessa faktiska omständigheter.

2) Överlåtelsen har skett på grund av avtal på sätt som avses i artikel 1.1 i direktiv 77/187/EEG i fall då kommungruppen bildas genom frivilliga offentligrättsliga avtal mellan medlemskommunerna, även om detta medför att en del av uppgifterna kommer att övergå enligt lag.