FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT GEORGES COSMAS

fremsat den 24. september 1998 *

Indhold

I — Indledning ..... I - 8182

II — Fællesskabsrettens bestemmelser ..... I - 8182

III — De nationale bestemmelser ..... I - 8183

A — Tysk ret ..... I - 8183

B — Spansk ret ..... I - 8184

IV — De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål ..... I - 8185

A — Forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97 ..... I - 8185

1) Sag C-127/96, Hernández Vidal ..... I - 8185

2) Sag C-229/96, Friedrich Santner ..... I - 8186

3) Sag C-74/97, Gómez Montaña ..... I - 8187

B — Forenede sager C-173/96 og C-247/96 ..... I - 8188

1) Sag C-173/96, Sánchez Hidalgo ..... I - 8188

2) Sag C-247/96, Horst Ziemann ..... I - 8190

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål ..... I - 8193

A — Nødvendigheden af at besvare de præjudicielle spørgsmål ..... I - 8193

B — Domstolens praksis ..... I - 8193

C — Forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97 ..... I - 8201

1) Sag C-127/96, Hernández Vidal ..... I - 8201

2) Sag C-229/96, Friedrich Santner ..... I - 8205

3) Sag C-74/97, Gómez Montaña ..... I - 8207

D — Forenede sager C-173/96 og C-247/96 ..... I - 8208

1) Sag C-173/96, Sánchez Hidalgo ..... I - 8208

2) Sag C-247/96, Horst Ziemann ..... I - 8210

VI — Forslag til afgørelse ..... I - 8217

* Originalsprog: græsk.

I — Indledning

1. I de foreliggende sager skal Domstolen fortolke bestemmelserne i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter [1] (herefter »direktivet«).

2. De spørgsmål, der er rejst med de verserende sager er for en stor del blevet besvaret, navnlig gennem Domstolens nyligt afsagte dom af 11. marts 1997, sag C-13/95, Süzen [2].

3. Det skal dog med hensyn til de første tre forenede sager bemærkes, at Domstolen aldrig har haft lejlighed til at beskæftige sig med det tilfælde, hvor en virksomhed, som har overdraget rengøringen af sine lokaler til et andet firma, beslutter at opsige denne kontrakt og selv at overtage rengøringsarbejdet (tilbageoverførsel).

4. Med hensyn til de to øvrige forenede sager drejer det sig atter om spørgsmålet om virksomhedssuccession i forbindelse med udførelsen af en aktivitet. I sag C-247/96, Horst Ziemann, må begrebet »økonomisk enhed, som kan overføres«, dog præciseres.

II — Fællesskabsrettens bestemmelser

5. Det fremgår af direktivets anden betragtning, at det [3] tager sigte på »beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder«.

6. I direktivets første afdeling, i hvilken dets anvendelsesområde fastlægges, bestemmer artikel 1, at »dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller

1 — EFT L 61, s. 26.

2 — Sml. I, s. 1259. Med de to spørgsmål i denne sag, som Domstolen behandlede under ét, anmodede den forelæggende ret om at få oplyst, hvorvidt direktivet også finder anvendelse i det tilfælde, hvor arbejdsgiveren, som havde overdraget rengøringen af bygninger til en virksomhedsindehaver, opsiger den kontrakt, som knytter ham sammen med denne, og med henblik på udførelse af lignende arbejder indgår en ny kontrakt med en anden virksomhedsejer, uden at denne handling ledsages af en overdragelse af materielle eller immaterielle aktiver fra den ene til den anden virksomhedsindehaver.

3 — Dette direktiv blev ændret for nylig, således at der bl.a. også tages hensyn til Domstolens retspraksis. Det drejer sig om Rådets direktiv 98/50/EF af 22.6.1998, EFT L 201, s. 88.

dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion« [4].

7. I direktivets anden afdeling, betitlet »Varetagelse af arbejdstagernes rettigheder« hedder det i artikel 3, stk. 1, at »overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, overgår som følge af denne til erhververen«.

8. I direktivets artikel 4, stk. 1, bestemmes det, at »overførsel af en virksomhed, bedrift eller del af en bedrift giver ikke i sig selv overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser. Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer«.

9. Endelig berøres ifølge direktivets artikel 7 medlemsstaternes mulighed for at indføre bestemmelser, der er gunstigere for arbejdstagerne, ikke.

III — De nationale bestemmelser

A — *Tysk ret*

10. Direktivet er blevet omsat til tysk ret ved § 613a i Bürgerliches Gesetzbuch (herefter »BGB«), der lyder som følger:

»Rettigheder og forpligtelser ved overførsel af virksomhed

1. Når en virksomhed eller del af en virksomhed gennem en retshandel overføres til en anden indehaver, indtræder denne i de rettigheder og forpligtelser, som hidrører fra de

4 — Artikel 1, stk. 1, som ændret ved direktiv 98/50, lyder som følger:
»a)Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.
b)Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk, jf. dog litra a) og de følgende bestemmelser i denne artikel.
c)Dette direktiv finder anvendelse på offentligretlige og privatretlige virksomheder, der udøver en økonomisk aktivitet, uanset om de opererer med gevinst for øje. En administrativ omorganisering af offentlige myndigheder eller en overførsel af administrative funktioner mellem offentlige administrative myndigheder er ikke en overførsel i dette direktivs forstand.«

arbejdsforhold, der bestod på overførselstidspunktet ...« [5].

grund af overførsel af en virksomhed eller del af en bedrift er ugyldig. Retten til at opsige arbejdsforholdet af andre grunde består fortsat.«

11. Videre hedder det:

B — *Spansk ret*

»2. Den forrige arbejdsgiver hæfter solidarisk med den nye indehaver for forpligtelserne i henhold til stk. 1, for så vidt som de er indgået før overførselsdatoen og forfalder et år fra dette tidspunkt. Forfalder sådanne forpligtelser først efter overførselsdatoen, hæfter den forrige arbejdsgiver dog kun herfor i det omfang, der svarer til den på overførselsdatoen forløbne del af det tidsrum, der skal tages i betragtning.

12. Direktivet er blevet omsat til spansk ret gennem artikel 44 i Estatuto de los Trabajadores [6], der bestemmer følgende:

3. ...

»1. En ændring i ejerforholdet i en virksomhed, bedrift eller selvstændig produktionsenhed inden for samme virksomhed medfører ikke i sig selv ophør af arbejdsforholdet, og den nye indehaver indtræder i den forrige arbejdsgivers rettigheder og pligter ...

4. Den forrige arbejdsgivers eller den nye indehavers opsigelse af en arbejdstager på

2. ...«

5 — I samme bestemmelse hedder det videre: »Hvis disse rettigheder og forpligtelser reguleres gennem retsnormer i en kollektiv overenskomst eller en lokal overenskomst (Betriebsvereinbarung), udgør de en del af arbejdsforholdet mellem den nye indehaver og arbejdstageren og må ikke ændres til ugunst for arbejdstageren, før der er gået et år fra overførselsdatoen. Punkt 2 gælder ikke, hvis rettighederne og forpligtelserne hos den nye indehaver reguleres af en anden kollektiv eller lokal overenskomst. Rettigheder og forpligtelser kan ændres før udløbet af den i 2. punktum nævnte frist, hvis den kollektive eller lokale overenskomst ikke længere er gældende, eller hvis ingen af parterne er bundet af en kollektiv overenskomst på et område, hvor der gælder en anden kollektiv overenskomst, som den nye indehaver og arbejdstageren indgår aftale om at anvende.«

6 — Lov om arbejdsforhold, godkendt ved kongeligt lovdekret (Real Decreto Legislativo) 1/1995, *Boletín Oficial del Estado* (herefter »BOE«) af 29.3.1995.

IV — De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

A — *Forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97*

1) Sag C-127/96, Hernández Vidal

13. Prudencia Gómez Pérez og María Gómez Pérez arbejdede i mange år i selskabet Contratas y Limpiezas SL (herefter »Contratas y Limpiezas«), der beskæftiger sig med rengøring af bygninger og butikker. Begge de ansatte hører til erhvervsgruppen rengøringspersonale.

14. Begge de ansatte var beskæftiget med rengøring af lokalerne i selskabet Francisco Hernández Vidal SA (herefter »Hernández Vidal«), et firma, der producerer tyggegummi og bolcher, på grundlag af en rengøringskontrakt mellem Contratas y Limpiezas og Hernández Vidal.

15. Denne rengøringskontrakt, som blev indgået den 1. januar 1992 [7] og blev fornyet hvert år, blev opsagt den 2. januar 1995 af Hernández Vidal, som selv ønskede at overtage rengøringen af sine lokaler, idet selskabet hertil ansatte nye arbejdstagere [8]. Hverken dette firma eller Contratas y Limpiezas ønskede at fortsætte arbejdsforholdet efter denne dato med Prudencia og María Gómez Pérez [9].

16. De to sagsøgere anlagde herefter sag om uberettiget afskedigelse mod de to berørte selskaber ved Juzgado de lo Social nr. 5 de Murcia. Ved dom af 23. marts 1995 gav denne ret dem medhold, men kun i forhold til Hernández Vidal. Retten tilpligtede selskabet at genansætte dem eller betale dem erstatning og at betale dem den løn, de havde til gode for perioden mellem afskedigelsestidspunktet og forkyndelsen af dommen.

7 — Under retsmødet forklarede Prudencia Gómez Pérez og María Gómez Pérez, at de havde arbejdet for selskabet Hernández Vidal henholdsvis fra 1983 og 1987, og at der i 1992 blev indgået en ny aftale med dette firma.

8 — Under retsmødet blev det understreget af Prudencia Gómez Pérez og María Gómez Pérez, at Hernández Vidal, efter selv at have overtaget rengøringen af lokalerne, havde ansat nyt personale, som derpå var blevet orienteret om sagen af de to sagsøgere.

9 — Som forklaret af Hernández Vidal (punkt II.3 i dennes skriftlige bemærkninger), er spørgsmålet om overdragelse af rengøringsarbejde af bygninger og lokaler ifølge spansk lov undergivet en særlig ordning, som begunstiger arbejdstagerne. Det drejer sig om artikel 13 i Ordenanza Laboral para Limpieza de Edificios y Locales (forordning vedrørende socialforsikringen af de arbejdstagere, der er beskæftiget inden for rengøring af bygninger og lokaler, godkendt gennem beslutning af 15.2.1975, og forlænget ved beslutning af 28.12.1994) og artikel 37 i Convenio Colectivo para Limpieza de Edificios y Locales de la Region de Murcia (kollektiv overenskomst vedrørende de arbejdstagere, der er beskæftiget inden for rengøring af bygninger og lokaler i Murcia-regionen).
Artikel 13 i denne Ordenanza bestemmer, at når en virksomhed, som får udført rengøringsarbejdet af en kontrahent, selv overtager dette arbejde, er virksomheden ikke forpligtet til at beholde det personale, som indtil da leverede de pågældende tjenesteydelser for regning af kontrahenten, såfremt virksomheden lader rengøringen udføre af sine egne ansatte. Derimod skal virksomheden overtage kontrahentens ansatte, såfremt den ønsker at ansætte nyt personale til udførelse af rengøringsarbejdet.
I samme artikel 13 bestemmes det, at arbejdstagere i en virksomhed, som leverer rengøring for regning af en anden, skal overtages af den nye indehaver, der indgår aftale om levering af rengøring, hvis de ved aftalens ophør ikke længere hører ind under den førstnævnte med hensyn til arbejdsforhold.
Artikel 37 i Convenio Colectivo bestemmer, at den nye kontrahent ved ophøret af den forrige aftale om levering af rengøring overtager de i bedriften beskæftigede arbejdstagere og indtræder i alle den forrige kontrahents rettigheder og forpligtelser.

17. Da Hernández Vidal var af den opfattelse, at der ikke var sket en overførsel af en bedrift eller del af en bedrift, og selskabet derfor ikke kunne betragtes som erhverver, ankede det dommen til Tribunal Superior de Justicia de Murcia.

18. Da den kompetente afdeling ved Tribunal Superior de Justicia de Murcia fandt, at sagens udfald afhang af fortolkningen af direktiv 77/187, besluttede den at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»A) Er et arbejde, der består i rengøring af lokaler tilhørende en virksomhed, hvis hovedproduktion ikke er rengøring — i nærværende sag fremstilling af tyggegummi og bolcher — men som varigt har behov for denne sekundære aktivitet, en 'del af en bedrift'?

B) Endvidere spørges, om begrebet 'overførsel ved aftale' kan omfatte ophævelsen af en kontrakt vedrørende levering af rengøringsydelser — efter at kontrakten er blevet forlænget hvert år i tre år — ved udløbet af det tredje år i henhold til en beslutning truffet af den virksomhed, der modtager ydelserne? I bekræftende fald ønskes det oplyst, om dette kan afhænge af, om den virksomhed, der modtager ydelserne, foretager rengøringen ved hjælp af sine egne arbejdstagere eller ved hjælp af andre i henhold til en ny kontrakt?«

2) Sag C-229/96, Friedrich Santner

19. Friedrich Santner var fra 1980 beskæftiget som rengøringsassistent

først hos Dörhöffer + Schmitt GmbH (herefter »Dörhöffer + Schmitt«), og derpå hos B + S Reinigungsdienste GmbH (herefter »B + S«). Dette firma er opstået ved en deling af Dörhöffer + Schmitt.

20. Santner var udelukkende beskæftiget med rengøring af baderummene i Hoechst AG (herefter »Hoechst«); inden for rammerne af rengøringskontrakt, som Hoechst havde indgået med først det ene, derpå det andet af de førnævnte firmaer.

21. Imidlertid opsagde Hoechst aftalen med B + S og reorganiserede rengøringen af baderummene. Det overtog nu selv rengøringen af baderummene, delvis ved hjælp af sine egne ansatte arbejdstagere, delvis i samarbejde med andre, udenforstående firmaer.

22. Den 27. april 1995 opsagde B + S Santner's ansættelsesforhold. Santner fandt

imidlertid, at der var sket en overførsel af en virksomhed, og at ansættelsesforholdet derfor skulle fortsættes med Hoechst, og indbragte sagen for Arbeitsgericht Frankfurt am Main.

23. Da denne ret fandt, at sagens udfald afhænger af fortolkningen af direktiv 77/187, besluttede den at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1) Kan rengøringen af enkelte dele af en bedrift, når den — efter at aftalen om at overdrage rengøringen til et udenforstående firma er opsagt — atter udføres af virksomhedsindehaveren selv, sidestilles med en del af en bedrift i direktiv 77/187/EØF's forstand?

2) Gælder dette også, hvis denne rengøring af enkelte dele af bedriften efter igen at være overdraget til virksomhedsindehaveren atter indgår i rengøringen af hele bedriften?«

3) Sag C-74/97, Gómez Montaña

24. Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (de spanske statsbaner, herefter »RENFE«) havde indgået en kontrakt om rengøring og vedligeholdelse af jernbanestationen Pontevedra for perioden 16. oktober 1995 — 15. oktober 1996 med rengøringsfirmaet Claro Sol SA (herefter »Claro Sol«).

25. Som følge af kontrakten havde Claro Sol ansat Mercedes Gómez Montaña og beskæftiget hende med rengøring og vedligeholdelse af banegården.

26. Forinden havde Mercedes Gómez Montaña i adskillige år været ansat som lønmodtager i forskellige selskaber, der leverede tjenesteydelser forud for Claro Sol.

27. Ved kontraktens udløb besluttede RENFE ikke at forny kontrakten med Claro Sol, men fremover selv at varetage rengøringen og vedligeholdelsen af banegården i Pontevedra.

28. Den 1. oktober 1996 meddelte Claro Sol Mercedes Gómez Montaña, at selskabet som følge af den mistede kontrakt måtte bringe hendes ansættelsesforhold til ophør med virkning fra den 15. oktober 1996.

29. Mercedes Gómez Montaña anlagde herefter sag om uberettiget afskedigelse mod Claro Sol og RENFE [10] ved Juzgado de lo Social nr. 1 de Pontevedra.

30. Den nationale ret erklærer, at retspraksis i tilsvarende sager i almindelighed viser, at artikel 44 i Estatuto de los Trabajadores ikke finder anvendelse, idet det drejer sig om udløbet af en entreprisekontrakt eller en aftale om tjenesteydelser i den forstand, det forudsættes i artikel 42 i den førnævnte Estatuto [11].

31. Da Juzgado de lo Social nr. 1 de Pontevedra fandt, at udfaldet af den verserende tvist afhænger af fortolkningen af direktiv 77/187, besluttede den at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Finder direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 anvendelse, såfremt udløbet af en kontrakt med et rengøringsselskab medfører, at rengøringsselskabets ansatte afskediges, og ordregiveren, et jernbaneselskab, fremover selv varetager rengøringen ved hjælp af egne ansatte?«

B — *Forenede sager C-173/96 og C-247/96*

1) Sag C-173/96, Sánchez Hidalgo

32. Guadalajara Kommune havde udliciteret hjemmehjælpen til Sociedad Cooperativa Minerva (herefter »Minerva«). Dette firma havde i adskillige år beskæftiget Francisca Sánchez Hidalgo og fire andre arbejdstagere som hjemmehjælpere.

33. Da aftalen udløb, overdrog Guadalajara Kommune med virkning fra 1. september 1994 opgaven til Asociación de Servicios Aser (herefter »Aser«).

10 — Artikel 6, stk. 1, i Texto Final del XIV Convenio Colectivo de »Contratas Ferroviarias 1994« (BOE af 25.1.1995, nr. 21, afsnit 217) bestemmer, at en ny arbejdsgiver, som får tildelt ordren, indtræder i den forriges rettigheder og forpligtelser, som hidrører fra et allerede eksisterende arbejdsforhold; erhververen er således forpligtet til at ansætte det personale, som er beskæftiget i bedriften eller den del heraf (centre de travail), som er omfattet af overførslen. I henhold til artikel 23, stk. 1, i Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de Pontevedra (kollektiv overenskomst om rengøring af bygninger og lokaler i provinsen Pontevedra, *Información Laboral 1996, nº 4090, s. 8586*) skal den nye ordremodtager ved udløbet af den forudgående aftale om rengøring overtage de ansatte i den ophørende virksomhed og indtræde i den forrige arbejdsgivers rettigheder og forpligtelser, såfremt en af de der nævnte betingelser er opfyldt. I stk. 3 bestemmes det, at dette ikke indtræder, hvis det drejer sig om en ny indehaver, som for første gang påtager sig rengøring, og som ikke har indgået nogen aftale om vedligeholdelse af lokaler.

11 — I artikel 42 i Estatuto hedder det i forbindelse med udløbet af en arbejdsaftale eller en aftale om tjenesteydelser, at »hovedentreprenøren ... hæfter i det på arbejdets afslutning følgende år solidarisk for de forpligtelser af lønmæssig art, som underentreprenører i kontraktens gyldighedsperiode har indgået med deres arbejdstagere og med socialforsikringsorganisationerne, med en øvre beløbsgrænse svarende til, hvad der ville gælde, hvis det drejede sig om hans eget fastansatte personale i samme kategori eller med de samme arbejdspladser.«

34. Aser indgik nye kontrakter med Sánchez Hidalgo og de fire andre arbejdstagere til at udføre det samme arbejde, men for færre timer og uden at anerkende den anciennitet, som de havde opnået gennem deres arbejde i Minerva.

35. Da de fem arbejdstagere fandt, at tilsidesættelsen af deres anciennitet var i strid med artikel 44 i Estatuto de los Trabajadores, anlagde de sag ved Juzgado de lo Social de Guadalajara, med påstand om, at det blev fastslået, at Aser var indtrådt i Minerva's rettigheder og forpligtelser.

36. Juzgado de lo Social de Guadalajara fandt ikke, at forudsætningerne for en virksomhedsoverførsel i henhold til den nationale lovgivning var opfyldt, og frifandt de sagsøgte med sin dom af 6. juli 1995.

37. Sánchez Hidalgo og de fire andre arbejdstagere ankede dommen til Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

38. Den nationale ret har i forelæggelsesanmodningen anført, at efter Tribunal Supremo's praksis [12] bringes den beskyttelse, som artikel 44 i lov om arbejdsforhold tilsigter at give, kun i anvendelse, når én af følgende betingelser er opfyldt: a) At der sker overførsel af fysiske aktiver fra den ene kontraherende virksomhed til den anden [13]; b) eller at en sådan beskyttelse er fastsat i de gældende regler for den pågældende sektor (i det konkrete tilfælde alene den kollektive overenskomst); eller c) at en sådan beskyttelse udtrykkeligt er fastsat i udbudsbetingelserne med henblik på tildeling af den nye kontrakt. Men den verserende sag kunne ikke efter den nationale rets opfattelse bringes ind under nogen af disse punkter.

39. Retten bemærker, at selv om der ikke umiddelbart synes at foreligge nogen væsentlig forskel i den sproglige formulering med hensyn til anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelsen om harmonisering og for den nationale bestemmelse, som gennemfører den, synes der imidlertid at være forskel mellem spansk retspraksis og Domstolens praksis for så vidt angår anvendelsen af ovennævnte bestemmelse i konkrete tilfælde, som f.eks. sagen her, hvor der er tale om en successiv tildeling, hvorved kontrakterne er forskellige, til forskellige virksomheder med henblik på levering af en tjenesteydelse for en nærmere angiven hovedvirksomheds regning, idet denne kan være en offentlig virksomhed, hvilket i praksis er det hyppigst forekommende, eller privat.

12 — Dom af 14.12.1994, afsagt af den spanske Tribunal Supremo.

13 — Retten forklarer yderligere, at den beskyttelse, der er fastsat i loven i forbindelse med virksomhedssuccession, ikke finder anvendelse, når der blot finder en ændring sted i den virksomhed, som fik tildelt ordren og har påtaget sig udførelsen af en aktivitet, uden at der sker overførsel af materielle aktiver.

40. At den forelæggende ret er i tvivl, fremgår af, at Domstolen efter rettens opfattelse synes at gå ind for anvendelsen af direktivet når der blot sker en succession med hensyn til udførelsen af en aktivitet, uanset om der sker overførsel af aktiver [14].

41. Da Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha fandt, at sagens udfald afhænger af fortolkningen af direktiv 77/187, besluttede den at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Omfatter anvendelsesområdet for artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 af 14. februar 1977 den situation, at en virksomhed ophører med at udføre det arbejde med hjemmehjælp til bestemte personer, der har behov herfor, som en kommune havde overdraget den, idet udførelsen af det pågældende arbejde overdrages en anden virksomhed, hvorved der ikke sker overførsel af fysiske aktiver, og hverken den kollektive overenskomst eller udbudsbetingelserne indeholder bestemmelser om, at den nye virksomhed, som får overdraget at udføre arbejdet, er forpligtet til at indtræde i arbejdsforholdet med arbejdstagerne i den virksomhed, der tidligere udførte arbejdet?«

14 — Den henviser bl.a. til Domstolens dom af 10.2.1988, sag 324/86, Daddy's Dance Hall, Sml. s. 739, af 19.5.1992, sag 29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189, og af 14.4.1994, sag C-392/92, Schmidt, Sml. I, s. 1311.

2) Sag C-247/96, Horst Ziemann

42. Horst Ziemann arbejdede uden afbrydelse fra 1979 frem til 1995 som vagtmand i Bundeswehr's sanitetsdepot i Efringen-Kirchen. I denne periode arbejdede han for de fem forskellige bevogtningsfirmaer, der efter hinanden havde påtaget sig bevogtningen af dette depot. Som det sidste af de fem firmaer havde Ziemann Sicherheit GmbH (herefter »Ziemann GmbH«) overtaget bevogtningsopgaven fra 1990 til 1995.

43. Den 30. september 1995 opsagde forsvaret (Bundeswehr) bevogtningskontrakten, indgået med Ziemann GmbH, og efter en ny licitation fik virksomheden Horst Bohn Sicherheitsdienst (herefter »Horst Bohn«) tildelt ordren.

44. Horst Bohn overtog bevogtningspersonalet for depotet, bortset fra tre medarbejdere, herunder Ziemann.

45. Ziemann GmbH, som beskæftiger ca. 160 arbejdstagere med bevogtning også af andre vagtobjekter, hvoraf en del imidlertid ligger langt væk fra sanitetsdepotet i

Efringen-Kirchen, opsagde ansættelseskontrakten med Ziemann med virkning fra 30. september 1995.

46. Den 9. oktober 1995 anlagde Ziemann sag ved Arbeitsgericht Lörrach med påstand om anerkendelse af, at opsigelsen er ugyldig. Han hævdede, at opsigelsen af kontrakten om bevogtning af det tyske forsvars sanitetsdepot i Efringen-Kirchen og den påfølgende tildeling af ordren til Horst Bohn udgør en overførsel af en del af en bedrift, jf. BGB's § 613 a, stk. 1, og Rådets direktiv 77/187, og at Ziemann GmbH i strid med BGB's § 613 a, stk. 4, afskedigede ham af grunde, der hænger sammen med denne overførsel.

47. Heroverfor hævder de to firmaer Ziemann GmbH og Horst Bohn, at der i den verserende sag ikke foreligger en virksomhedsoverførsel, da der ikke består noget retsforhold mellem dem.

48. Efter den forelæggende rets opfattelse kan man af Domstolens praksis og navnlig af dom af 14. april 1994, Schmidt [15], udlede, at direktivet finder anvendelse hver gang en virksomhed fortsætter eller genoptager opgaver, som indtil da blev udført af en anden virksomhed. Den kendsgerning, at der i den verserende sag er tale om en overtagelse af opgaven af ét firma fra et andet, mens det i sagen Schmidt drejede sig om en sparekassefilial, som for første gang overdrog rengøringen af sine lokaler til et fremmed foretagende, anser retten ikke for afgørende i denne sammenhæng.

49. I sin forelæggelsesanmodning betoner Arbeitsgericht Lörrach, at der er tale om helt identiske opgaver, udført af de forskellige firmaer, som efter hinanden har påtaget sig bevogtningen af sanitetsdepotet i Efringen-Kirchen.

50. Retten forklarer nærmere, at kontrakten mellem Bundeswehr, som driver sanitetsdepotet, og de enkelte bevogtningsfirmaer på forhånd er udformet i detaljer af den hertil kompetente forvaltningsenhed, og at opgaven udbydes i offentlig licitation. Både bevogtningsopgaverne, området, der skal bevogtes, antallet af vagter og hunde, de betingelser, som vagtpersonalet skal opfylde [16], de kvalifikationer, som vagtpersonalet skal have, dets udstyr, instrukser til personalet, kontrolforanstaltninger og personalets våbenuddannelse er altsammen fastlagt i detaljer i udbudsmaterialet og derpå nærmere reguleret i den kontrakt, der indgås.

51. Retten forklarer yderligere, at bevogtningen gennemføres på de af forsvaret

15 — Dommen er allerede omtalt i fodnote 14.

16 — Det drejer sig om stk. 2 i udbudsmaterialet af 2.1.1990, som citeres i forelæggelseskendelsen.

fastsatte vilkår, der hviler på et særligt lovgrundlag, nemlig Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen [17] af 12. august 1965 (herefter »Uzwgbw«) .

52. Endelig anfører retten, at udformningen af kontrakten mellem arbejdstageren og arbejdsgiveren ikke blot reguleres i ret vidt omfang af bestemmelserne i Uzwgbw og bestemmelserne i kontrakten om tjenesteydelserne, men også, uanset hvem vagtpersonalets arbejdsgiver er, er undergivet de generelt gældende bestemmelser i den almene kollektive overenskomst og i de kollektive overenskomster for vagtselskaber.

53. Den forelæggende ret hælder på grundlag af ovenstående til den antagelse, at det drejer sig om en del af en bedrift tilhørende Bundeswehr, nemlig »bevogtning og tilsyn«. Retten udtrykker også den opfattelse, at henset til forsvarets definition af opgaven, at lokalerne og de anvendte hjælpemidler har været de samme, og at der i årevis har været anvendt samme vagtpersonale, har den omhandlede »driftsmæssige enhed«, bevaret sin identitet, også selv om der hver gang optræder en anden arbejdsgiver for vagtpersonalet.

17 — »Lov om soldaters og civilt vagtpersonales umiddelbare magtanvendelse og udøvelse af særlige beføjelser«, *Bundesgesetzblatt I*, s. 796.

54. Da Arbeitsgericht Lörrach fandt, at sagens udfald afhænger af fortolkningen af direktiv 77/187, besluttede den at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»1. Finder artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 (EFT L 61, s. 26) og dermed også artikel 4, stk. 1, anvendelse på overførsel af dele af bedrifter såsom bevogtningen af et militært anlæg, selv om der ikke foreligger en direkte overdragelse fra den ene til den anden af på hinanden følgende ordremodtagere (vagtselskaber)?

2. Gælder dette i hvert fald, når den pågældende del af bedriften efter kontraktens ophør igen overgår til ordregiveren, og der i umiddelbar tilslutning hertil atter indgås en tjenesteydelsesaftale, i det væsentlige med samme standardvilkår, med en ny ordregiver?

3. Må der i hvert fald antages at foreligge en virksomhedsoverførsel i den forstand, hvori udtrykket anvendes i artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187, når det i det væsentlige til stadighed er de samme arbejdstagere, som udfører de samme bevogtningsopgaver på vilkår, som i det væsentlige er de samme, og som i vidt omfang fastlægges af ordregiveren?«

V — Besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål

A — *Nødvendigheden af at besvare de præjudicielle spørgsmål*

55. Allerførst vil jeg gerne betone, at de fleste af de spørgsmål, der stilles i de verserende tvister, med undtagelse af problemet vedrørende begrebet »økonomisk enhed, som kan overføres«, der rejses i sagen C-247/96, Horst Ziemann, vil kunne besvares på grundlag af Domstolens faste praksis, navnlig ud fra dommen af 11. marts 1997, sag C-13/95, Süzen [18]. Denne dom indeholder efter min mening detaljerede retningslinjer for de nationale retter både med hensyn til de kriterier, der skal anvendes, og med hensyn til den måde, som disse kriterier skal vurderes på. Alligevel har de nationale retter, idet de påberåber sig særlige forhold, hovedsageligt ved de faktiske omstændigheder og navnlig ved den måde, som overførslerne er blevet foretaget på, insisteret på, at Domstolen skal træffe afgørelse vedrørende de præjudicielle anmodninger.

56. Med udgangspunkt i Domstolens eksisterende praksis, på grundlag af hvilken flertallet af de i forbindelse med de verserende sager stillede spørgsmål kan besvares, bør der efter min opfattelse gives generelle svar til de nationale retter, hvorved der gives dem fortolkningselementer i hænde til løsning af de tvister, de behandler, ved hjælp af hvilke de derpå kan foretage subsumptionen, og det er således ikke Domstolen selv, der skal foretage denne. Dette ville for det første være en fordrejning af Domstolens betydning, sådan som den defineres i traktatens artikel 177, og for det andet ville det indskrænke den nationale rets opgave som fællesskabsrettens dommer inden for Fællesskabets retsorden. For — som det i øvrigt følger af artikel 177 — »Domstolen har aldrig forsøgt helt at erstatte de nationale retsinstanser, og den overlader det traditionelt til den forelæggende ret at tage stilling til visse spørgsmål« [19].

B — *Domstolens praksis*

57. Det skal med det samme understreges, at i henhold til artikel 100 i EF-traktaten, som udgør retsgrundlaget for direktivet, er kriteriet for, om en given aktivitet falder ind under direktivets anvendelsesområde, udelukkende om den udgør en økonomisk virksomhed i den forstand, det forudsættes i

18 — Dommen er nævnt i fodnote 2.

19 — Dette har generaladvokat Jacobs også understreget i sag 338/95, Wiener SI, Sml. 1997 I, s. 6495, punkt 45, hvor han også rejser det generelle spørgsmål om den rette kompetencefordeling mellem Domstolen og de nationale retter og om den tilbageholdenhed, som Domstolen bør udvise ved at fokusere på afgørende problemer inden for fællesskabsretten (punkt 8 ff.), selv om også Domstolen (ved sin dom af 20.11.1997, Sml. I, s. 6495) ikke altid har fulgt denne linje. Jacobs fortsætter (punkt 45): »Når Domstolen har mulighed for at omformulere spørgsmålene og give et svar, der i visse tilfælde afviger væsentligt fra ordlyden af det præjudicielle spørgsmål, for derved at fokusere på de relevante fællesskabsretlige bestemmelser, så må det efter min mening også være muligt for Domstolen at udøve tilbageholdenhed og begrænse sig til at behandle mere generelle fortolkningsspørgsmål.«

traktatens artikel 2 [20]. Og der kan ikke være nogen tvivl om, at rengøringsarbejde, vedligeholdelsesarbejde [21], bevogtning af diverse lokaliteter og tjenesteydelser i form af hjemmehjælp til personer, som har behov derfor, udgør eksempler på sådanne økonomiske virksomheder.

58. Desuden skal jeg minde om, at ifølge Domstolens faste praksis [22] »[har] direktiv 77/187 ... til formål at sikre, at arbejdstagernes rettigheder opretholdes, når virksomheden skifter indehaver, idet arbejdstagerne ifølge direktivet kan forblive ansat i virksomheden under den nye indehaver på de vilkår, der var aftalt med overdrageren. Direktivet må således finde 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«.

59. Domstolen har da også gentagne gange fastslået [23], at »det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet«.

60. Ifølge den retspraksis, der er omtalt ovenfor, er der to fundamentale forudsætninger for, at man kan anerkende, at der foreligger en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift: a) at virksomheden, bedriften eller en del af bedriften fra starten har udgjort en økonomisk enhed, og b) at denne økonomiske enhed og dens identitet er bevaret efter ejerskiftet.

61. Som det gentagne gange er blevet fastslået [24], finder »direktivet anvendelse på 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. Det er således ikke en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at der består et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og erhververen, og overdragelsen *vil kunne finde sted i to trin via en tredjemand*, f.eks. ejeren eller lejeren« (min fremhævelse).

20 — Begrebet »økonomisk virksomhed« i traktatens artikel 2 dækker enhver arbejds- eller tjenesteydelse, som det i øvrigt også er godtaget af Domstolen, se bl.a. dom af 5.10.1988 sag 196/87, Steymann, Sml. s. 6159, præmis 10, og den ældre dom af 14.7.1976, sag 13/76, Donà, Sml. s. 507, præmis 12.

21 — F.eks. af fotokopieringsmaskiner, elevatorer og elektrisk apparatur i en virksomhed.

22 — Se dom af 15.1.1988, sag 101/87, Bork International m.fl., Sml. s. 3057, præmis 13. Endvidere dom af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Berg og Busschers, Sml. s. 2559, præmis 12, og af 14.11.1996, sag C-305/94, Rotsart de Hertaing, Sml. I, s. 5927, præmis 16.

23 — Se den i fodnote 2 nævnte dom i Süzen-sagen, præmis 10, dom af 18.3.1986, sag 24/85, Spijkers, Sml. s. 1119, præmis 11 og 12, og den nylige dom af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Merckx og Neuhuys, Sml. I, s. 1253, præmis 16.

24 — Se f.eks. dommene i Süzen-sagen (præmis 12) og i sagen Merckx og Neuhuys (præmis 28).

62. Det kan altså klart udledes af Domstolens praksis, at det ingen betydning har, på hvilken måde overførslen af en virksomhed foretages, og at direktivet finder anvendelse i alle de tilfælde, hvor der inden for overenskomstrammerne sker et skifte af den person eller juridiske person, der har påtaget sig arbejdsgiverens forpligtelser over for virksomhedens ansatte [25]. Med andre ord, såfremt der i forvejen består en økonomisk enhed og denne bevarer sin identitet efter overførslen, er overførselsmåden kun af ringe interesse [26].

63. Direktivet giver imidlertid ingen definitioner på begreberne »virksomhed«, »bedrift« og »del af bedrift«. Domstolen byder gennem sin praksis på et helt bundt af kriterier for, hvornår der foreligger en »virksomhed«, en »bedrift« og en »del af bedrift«, og hvornår der foreligger en »kontraktmæssig overdragelse«, eller under hvilke betingelser der foreligger »overførsel«.

64. Desuden skal jeg minde om, at generaladvokat Van Gerven i sit forslag til afgørelse i sagen Schmidt [27] har betonet, at »Domstolen i de tre begreber 'virksomhed', 'bedrift' eller 'del af en bedrift' anerkender et underliggende begreb, nemlig begrebet 'økonomisk enhed' eller 'virksomhed', der efter min opfattelse forudsætter en enhed med et minimum af *organisatorisk selvstændighed*, der kan bestå i sig selv eller udgøre en del af et større foretagende«.

65. Domstolen har imidlertid fastslået [28], at »det er en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at overførslen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise ... Begrebet enhed omfatter således en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål« [29].

66. Domstolen bør efter min opfattelse gøre det klart, at begrebet økonomisk enhed ikke blot refererer til en *samlet* organiseret helhed af såvel personer som aktiver, idet hele aktivitetsområder, hvori arbejdsstyrken udgør hovedelementet, mens de materielle eller immaterielle aktiver er ubetydelige, ellers ville forblive uden for direktivets beskyttende ramme.

67. Hvad angår det første af de kriterier, som Domstolen har opstillet, nemlig hvorvidt der foreligger en bedrift eller en del af en bedrift, er det min opfattelse, at man bør tage hensyn til egenarten af den økonomiske aktivitet, som det drejer sig om i hver enkelt sag, som f.eks. rengøring af lokaler. Som med rette

25 — Se f.eks. de nævnte domme i sagen Merckx og Neuhuys (fodnote 23) og Süzen-sagen (fodnote 2).

26 — F.eks. blev det i dom af 17.12.1987, sag 287/86, Ny Mølle Kro, Sml. s. 5465, præmis 14 og især 15, fastslået, at direktivet finder anvendelse i tilfælde af, at ejeren på ny overtager den virksomhed, som han havde bortforpagtet, på grund af forpagterens misligholdelse af kontrakten.

27 — Punkt 13.

28 — Se f.eks. dom af 19.10.1995, C-48/94, Rygaard, Sml. I, s. 2745, præmis 20 og 21, og den i fodnote 2 nævnte dom i Süzen-sagen, præmis 13.

29 — I direktiv 98/50, artikel 1, stk. 1, litra b), hedder det meget karakteristisk, at som overførsel i direktivets forstand anses »overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk ...«

fremført af Kommissionen, drejer det sig her principielt, medmindre omstændighederne viser noget andet, om aktiviteter, i hvilke den menneskelige faktor udgør hovedelementet, hvorimod de materielle elementer (redskaber osv.) klart kun har ringe betydning.

68. Der findes altså visse aktiviteter, ved hvilke, i tilfælde af en overførsel, den materielle side af den aktivitet, der overføres, er meget lidt synlig. Det væsentlige i disse virksomheder, og det, der skaber omsætning, er den *meget lave specialiseringsgrad* hos deres ansatte. Til denne gruppe hører naturligvis f.eks. rengøringsarbejde.

69. Den kendsgerning, at der i et rengøringsfirma ikke findes konkrete værdier af materiel art (bygninger, teknisk udstyr osv.) eller af immateriel art (knowhow, firmaets image, kundekreds osv.) eller at de midler, som ordregiveren stiller til disposition for det firma, som har fået overdraget opgaven, er af mindre betydning [30], udelukker derfor ikke, at tjenesteydelsen udgør en uafhængig, organiseret økonomisk enhed. For ellers ville hele kategorier af virksomheder med de ovennævnte karakteristika efter min opfattelse falde uden for direktivets beskyttelse, og arbejdstagerne i den slags virksomheder, som er mennesker, der har særlig meget behov for direktivets beskyttelse, ville stort set være berøvet denne, eftersom virksomhederne mangler andre vigtige materielle eller immaterielle produktionsmidler.

70. Jeg er derfor af den opfattelse, at det må gøres fuldstændig klart, at inden for visse sektorer, i hvilke aktiviteterne hovedsageligt hviler på arbejdsstyrken, er begrebet arbejdstagergruppe, forstået som en helhed af arbejdstagere, som er knyttet tæt sammen af en fælles aktivitet [31], af afgørende betydning [32]. Således kan en organiseret helhed af arbejdstagere, som gennem en lang periode på en bestemt arbejdsplads har udøvet en fælles aktivitet, altså arbejdet for et fælles formål, udgøre en økonomisk enhed, selv om der ikke forefindes væsentlige (materielle eller immaterielle) produktionsmidler, og kan følgelig falde ind under direktivets anvendelsesområde.

71. Dette fremgår i øvrigt indirekte af Süzen-dommen [33], ifølge hvilken »en økonomisk enhed i visse brancher kan fungere uden væsentlige materielle eller immaterielle aktiver, og det kan i så fald ikke være afgørende for, om enheden opretholdes efter den pågældende transaktion, at der overdrages sådanne aktiver«.

30 — F.eks. ordremodtagerens anvendelse af elektrisk energi, og den deraf følgende brug af strøm, varme og køleskabe i de lokaler hos ordregiveren, hvor rengørings- eller vedligeholdelsesarbejdet udføres.

31 — Dom Süzen-sagen, præmis 21.

32 — Se i samme retning Vivien Shrubsall, »Competitive tendering, Out-sourcing and the Acquired Rights Directive«, en artikel i tidsskriftet »*The Modern Law Review*« 1998, s. 85-92, især s. 88.

33 — Præmis 18.

72. Ud over det ovennævnte påhviler det ifølge Domstolens faste praksis den forelæggende ret at afgøre spørgsmålet om, hvorvidt direktivet *faktisk* finder anvendelse, idet retten skal lægge de faktiske omstændigheder til grund, som er opregnet i præmis 13 af Spijkers-dommen: »Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket overtagelse af fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overtages, samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå *som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages*, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret« [34] (min fremhævelse).

73. Ud fra ovenstående retspraksis fremgår det klart, at i de tilfælde, hvor der foreligger kontrakter om udførelse af et arbejde, kan man ikke af selve den kendsgerning, at den tjenesteydelse, der leveres af den tidligere og det nye indehaver, er af samme art, drage den konklusion, at der foreligger overførsel af en økonomisk enhed. Domstolen fastslog ganske betegnende i Süzen-dommen [35]: »En enhed kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører. Dens identitet består også af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, den råder over« [36].

74. For eksempel: når hele rengøringsselskabet overføres, betyder dette, at helheden

34 — Se endvidere dom Redmond Stichting, citeret i fodnote 14, præmis 24, dom af 12.11.1992, sag C-209/91, Watson Rask, Sml. I, s. 5755, præmis 20, og dom i Süzen-sagen, som er omtalt i fodnote 2, præmis 14.

35 — Præmis 15.

36 — Domstolen har i dommen Schmidt (præmis 17) genoptaget sin faste praksis (se dommene Spijkers, præmis 11, og Redmond Stichting, præmis 23), ifølge hvilken »... opretholdelsen af denne enheds identitet *navnlig* [fremgår] af den omstændighed, at den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter« (min fremhævelse). Og den konkluderede, at »i den foreliggende sag, hvis væsentlige momenter foreligger oplyst i forelæggelseskendelsen, er ligheden mellem det rengøringsarbejde, der skulle udføres før og efter overførslen — hvilken lighed i øvrigt kom til udtryk ved, at den pågældende arbejdstager blev tilbudt genansættelse — kendetegnende for en transaktion, der falder ind under direktivets anvendelsesområde, og som giver den ansatte, hvis arbejdsopgaver er blevet overført, den beskyttelse, som dette direktiv giver.« Men udtrykket »navnlig« (notament), som Domstolen her anvender, viser efter min opfattelse, at fortsættelsen af en økonomisk aktivitet ikke udgør det eneste afgørende kriterium for, om der er tale om overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, men at man også må tage hensyn til andre faktiske omstændigheder. I det pågældende tilfælde inddrog Domstolen også det tilbud om genansættelse, som den eneste [kvindelige] ansatte i den pågældende del af bedriften fik. I dommen Süzen (præmis 21) blev vigtigheden af dette punkt bekræftet, idet der dog også blev inddraget en række andre punkter i bedømmelsen. Vedrørende den hårde kritik, der blev rejst mod dommen Schmidt, henvises bl.a. til Jean Déprez, »Transfert d'entreprise. La notion de transfert d'entreprise au sens de la directive européenne du 14 février 1977 et de l'article L 122-12, al. 2 du code du travail: jurisprudence française et communautaire« i RJS, 5/95, s. 315-321. Se endvidere Manfred Zuleeg, »Ist der Standard des deutschen Arbeitsrechts durch europäische Rechtsprechung bedroht? Bemerkungen zum Urteil Christel Schmidt des Europäischen Gerichtshofs« i »Das Arbeitsrecht der Gegenwart«, s. 41-54, og Bernd Waas, »Betriebsübergang durch 'Funktionsnachfolge'?« i EuZW 17/1994, s. 528-532. Det er ganske betegnende, at der kort tid efter dommen i sagen Schmidt, på grund af de negative reaktioner over denne, i Kommissionens forslag til direktiv 94/K 274/08 (KOM(94) 300, endelig udg. — 94/0203(CNS), EFT C 274 af 1.10.1994, s. 10) vedrørende en ændring af direktiv 77/187, optrådte en bestemmelse (artikel 1, stk. 1, punkt 2), der lød således: »Når overførslen af en aktivitet ledsages af overførslen af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, anses den for at være en virksomhedsoverførsel i nærværende direktivs forstand. Når der kun sker overførsel af en enkelt af virksomhedens, bedrifters eller dele af bedrifters aktiviteter, som enten udføres eller ikke udføres direkte, er der ikke i sig selv tale om en virksomhedsoverførsel i direktivets forstand.« Dette forslag blev kraftigt kritiseret af Parlamentet (EFT C 33 af 3.2.1997, s. 81, hvor det pågældende stykke endte med at udgå, efter at et ændringsforslag, nemlig forslag nr. 4, var blevet godkendt), lige som også tidligere af Regionsudvalget (EFT C 100 af 2.4.1996, s. 25, punkt 1.1) og af Det Økonomiske og Sociale Udvalg (EFT C 133 af 31.5.1995, s. 13, punkt 1.2.3 og 1.3) og endte med ikke at blive optaget i direktiv 98/50.

af de dér ansatte arbejdstagere overføres. Dets aktiver består herudover af ordrebogen, kundekataloget, organiseringen af personalets arbejde osv. Her opstår naturligvis ikke noget spørgsmål om fortolkning eller anvendelse af direktivets bestemmelser. Derimod melder spørgsmålet sig, når det drejer sig om overførsel og helt konkret om tab af en kontrakt om rengøring af et eller flere lokaler til fordel for en konkurrent, når sagen kun vedrører en enkelt kunde, for eksempel rengøringen af et enkelt anlæg i en virksomhed.

75. Domstolen har i Süzen-dommen præciseret [37]: »Det forhold, at en virksomhed må afgive udførelsen af en tjenesteydelse til en konkurrent, er således ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at der i henhold til direktivet er tale om en overførsel. Selv om den virksomhed, som hidtil har udført tjenesteydelsen, mister en kunde, består den fortsat fuldt ud, og der er ikke grundlag for at antage, at en af virksomhedens bedrifter eller dele af bedrifter er overdraget til den nye ordremodtager.«

76. Domstolen har i Süzen-dommen [38] ikke undladt at betone, at »selv om overførsel af aktiver er et af de kriterier, den nationale domstol skal inddrage ved vurderingen af, om der er tale om en overførsel af en virksomhed, udelukker den omstændighed, at der ikke overføres aktiver, ikke nødvendigvis, at der foreligger en sådan overførsel«.

77. Herefter gentog Domstolen i Süzen-dommen [39] at »den nationale ret ved vurderingen af de faktiske omstændigheder omkring overførslen bl.a. (skal) tage hensyn til, hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om. Heraf følger, at afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges de forskellige kriterier for, om der i henhold til direktivet er tale om en overførsel, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften«.

78. På dette punkt bør man efter min mening understrege den usikkerhed, der opstår både i teori og praksis ved, at den omstændighed, at den nye ordremodtager frivilligt har overtaget størstedelen af de arbejdstagere, til hvem hans forgænger specielt havde overdraget udførelsen af kontrakten, er anvendt som kriterium for, at den tjenesteydelsesenhed, der er oprettet af den tidligere ordremodtager, under visse omstændigheder kan være genstand for overførsel i direktivets forstand.

37 — Præmis 16.

38 — Præmis 17. Sammenlign også de i fodnote 14 og 23 citerede domme, henholdsvis Schmidt, præmis 16, og Merckx og Neuhuys, præmis 21.

39 — Præmis 18.

79. Angående dette punkt har Domstolen da også i Süzen-dommen [40] henvist til, at »der ved afgørelsen af, om der foreligger en overførsel, ud over, i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overførslen er de samme, bl. a. skal tages hensyn til, om den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken«. Og den fortsætter således [41]: »I visse brancher, hvor arbejdskraften udgør den væsentligste del af aktiviteten, vil en gruppe af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet, kunne udgøre en økonomisk enhed, og en sådan enhed vil kunne opretholde sin identitet efter en overførsel, når den nye indehaver ikke blot viderefører den hidtidige aktivitet, men også overtager en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, som hos forgængeren specielt udførte denne opgave. Med ordvalget i Rygaard-dommen, præmis 21, overtager den nye indehaver i så fald en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle ad disse.«

80. Anvendelsen af dette kriterium fremkalder imidlertid efter min mening usikkerhed; hvis der nemlig blev lagt særlig vægt på, i hvilket omfang efterfølgeren eller den, der har fået tildelt ordren, har ønsket at overtage arbejdstagerne fra den overdragende virksomhed eller fra ordregiveren, således at det på grundlag heraf skulle fastslås, om der foreligger overførsel, ville den beskyttelse, som direktivet giver, i hovedsagen afhænge af parternes vilje. Dette kunne føre til den konklusion, at dette ikke kan være et afgørende kriterium for, om direktivets beskyttelse skal gælde, eftersom følgen af at anvende direktivet ville være en forudsætning for at anvende det [42], som det med rette også fremhæves af visse medlemsstater i deres skriftlige bemærkninger. Man kunne også hævde, at dette ulogiske resultat, denne cirkelslutning er i klar modstrid med fællesskabslovgivers vilje, som tog sigte på at beskytte arbejdstagerne i tilfælde af ledelsesskifte i virksomheden, i bedriften eller en del af bedriften som følge af overdragelse eller fusion. Endvidere skal man ikke underkende de for arbejdstagerne negative følger, hvis kriteriet »overtagelse af personale« skulle blive accepteret som hovedkriteriet for direktivets anvendelse [43].

81. Jeg er altså af den opfattelse, at der består en vis sammenblanding af på den ene side tanken om den nye virksomhedsejers genansættelse af størstedelen af personalet som kriterium for anvendelse af beskyttelsesbestemmelserne i direktivet og på den anden side formålet med disse beskyttelsesbestemmelser, nemlig den beskyttelse, som de giver arbejdstagerne som følge af overførslen.

40 — Præmis 20. Se også den i fodnote 23 ovenfor nævnte dom i Spijkers-sagen, præmis 13.

41 — Præmis 21.

42 — Se f.eks. i samme retning artiklen af Patricia Pochet, »CJCE: l'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique«, i tidsskriftet »Droit Social«, november 1994 (s. 931-935), s. 934, hvor hun netop taler om et cirkelbevis (pétition de principe). Se desuden Vivian Shrubsall's analyse af dette punkt, a.st., s. 87.

43 — Under alle omstændigheder vil der stadig skulle tages stilling til, hvem der skal betale erstatning i tilfælde af afskedigelse.

82. Det er dog alligevel værd at minde om, at Domstolen i sin dom af 14. november 1996, Rotsard de Hertaing [44], som imidlertid vedrørte fortolkningen af artikel 3, stk. 1, i direktivet, kom uden om dette skær og i fortsættelse af tidligere praksis [45] fastslog, at »i tilfælde af virksomhedsoverførsel kan arbejdskontrakter eller arbejdsforhold for det i den overførte virksomhed ansatte personale ikke opretholdes i forhold til overdrageren og fortsætter i forhold til erhververen« [46]. Og den konkluderede, at »alle de på tidspunktet for en virksomhedsoverførsel mellem overdrageren og arbejdstagerne i vedkommende virksomhed bestående arbejdskontrakter eller arbejdsforhold automatisk overgår til erhververen alene på grund af overførslen« [47]. Det er ikke uden betydning, at Domstolen i samme dom tilføjede [48], at »... overførsel af arbejdskontrakter — på grund af den præceptive karakter af den beskyttelse, som er foreskrevet ved direktivet, og idet der ellers ville være risiko for, at arbejdstageren fratages denne beskyttelse — ikke er undergivet overdragerens eller erhververens bestemmelse, hvilket navnlig betyder, at erhververen ikke kan modsætte sig dette ved at nægte at opfylde sine forpligtelser«.

83. Der er den specielle omstændighed ved de omtvistede sager, at det drejer sig om virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, i hvilke den menneskelige faktor, arbejdsstyrken, er det dominerende element, mens de materielle eller immaterielle aktiver er af mindre betydning eller næsten ikke-eksisterende.

84. Af ovennævnte grunde mener jeg, at når det drejer sig om virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, i hvilke den menneskelige faktor, arbejdsstyrken, er det dominerende element, skal eksistensen af en sådan helhed af arbejdstagere, som er fast forbundet af en fælles aktivitet, og som erhververen eller den virksomhed, der får tildelt ordren, overtager, tillægges særlig stor vægt. Med andre ord skal dette forhold danne grundlaget for en undersøgelse af, hvorvidt der foreligger en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, dvs. dette skal udgøre kriteriet for, om direktivet skal finde anvendelse, og ikke det efter min opfattelse mindre væsentlige spørgsmål, om den nye virksomhedsleder genansætter et vist antal arbejdstagere, uanset om dette tal svarer til størstedelen af personalet.

85. På denne måde undgås sådanne fænomener, som f.eks. at erhververen helt frit udvælger sig visse personer med specialviden og specielle færdigheder og afskediger de helt eller næsten ufaglærte arbejdstagere, hvorved de arbejdstagere, der har allermest brug for den beskyttelse, som er foreskrevet ved direktivet, berøves denne [49].

44 — En dom, der allerede er nævnt i fodnote 22, præmis 18. Sagen drejede sig om, hvorvidt direktivet finder anvendelse ved opsigelse af en ansættelseskontrakt med en ansat i et firma, som var under konkurs, men hvis aktiviteter fortsattes af et nyoprettet firma, som havde etableret sig i de samme lokaler.

45 — Se dom af 25.7.1991, sag C-362/89, D'Urso, Sml. I, s. 4105, præmis 12.

46 — Se desuden Vivian Shrubsall's analyse af dette punkt, a.st., s. 87.

47 — Se de allerede nævnte domme D'Urso (præmis 20) og Rotsard de Hertaing (præmis 18), i henholdsvis fodnote 45 og 22.

48 — Præmis 20.

49 — Se i denne retning Vivien Shrubsall, a.st., s. 92.

86. Naturligvis er jeg ikke blind for, at viljesfaktoren, altså hvad kontrahenterne (erhververen eller ordregiveren og overdrageren eller ordremodtageren) har tilsigtet eller har gjort, også indgår som et af momenterne, når det skal afgøres, om der foreligger en overførsel. Dette aspekt kan ikke lades ude af betragtning. En frivillig overtagelse af helheden eller størstedelen (både med hensyn til antal og kvalifikationer) af personalet udgør uomtvisteligt et væsentligt moment, som bør medføre, at den domstol, der behandler realiteten i sagen, omhyggeligt leder efter eventuelle andre aspekter, som kan karakterisere en overførsel af en økonomisk enhed. Med andre ord fokuserer jeg på dette aspekt på grund af virksomhedens eller bedriftens særlige karakter i den foreliggende sag. Jeg skal her minde om, at Domstolen i Spijkers-dommen også inddrog dette aspekt blandt flere andre.

87. På denne måde forliges de to principper, på den ene side økonomisk frihed, aftalefrihed og den heraf følgende overtagelse af den forretningsmæssige risiko, som denne frihed medfører, med på den anden side princippet om succession og beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af overførsel.

C — *Forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97*

88. Jeg skal her minde om, at Domstolen aldrig har haft lejlighed til at beskæftige sig med et tilfælde, hvor en virksomhed, som har overdraget rengøringen af sine lokaler til et andet firma, beslutter at opsige denne kontrakt for selv at overtage rengøringsarbejdet (tilbageoverførsel) [50].

1) *Sag C-127/96, Hernández Vidal*

a) Besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål

89. Hvad angår det spørgsmål, som rejses gennem det første præjudicielle spørgsmål, nemlig hvorvidt aktivitetens karakter som væsentlig eller accessorisk har betydning for, om direktivet finder anvendelse, mener jeg, at Domstolens praksis er entydig [51].

90. I Redmond Stichting-dommen betonede Domstolen, at det, at en virksomhed [52] overdrager en enkelt del af sine aktiviteter (det drejede sig her udelukkende om virksomhe-

50 — I sagen Schmidt drejede det sig rent faktisk om det stik modsatte tilfælde, hvor en virksomhed gennem en kontrakt overdrager en anden virksomhed at udføre det rengøringsarbejde, som den tidligere udførte selv (contracted out, externalisation), selv om dette arbejde før overførslen udførtes af en enkelt [kvindelig] arbejdstager. I Süzen-dommen drejede det sig om en virksomhed, som tidligere havde overdraget rengøringen af sine lokaler til én virksomhed og derpå opsagde aftalen med denne for så at indgå en ny aftale med en anden virksomhed om udførelse af tilsvarende rengøringsarbejde.

51 — Jeg skal her minde om, at artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 98/50 præciserer, at »som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er *væsentlig eller accessorisk*« (min fremhævelse).

52 — I denne sag drejede det sig om en hollandsk fond, der ydede hjælp til narkomaner.

dens hjælpeforanstaltninger til støtte for narkomaner og ikke om de til afholdelse af møder og rekreative arrangementer nødvendige aktiviteter) til en anden virksomhed, ikke nødvendigvis er til hinder for, at direktivet anvendes. Domstolen fastslog [53], at alene det forhold, at sådanne sociale og rekreative aktiviteter *»har haft et selvstændigt formål*, ikke er tilstrækkeligt til at udelukke anvendelsen af direktivets ovennævnte bestemmelser, idet disse ikke blot vedrører overførsler af virksomheder, men også overførsler af bedrifter eller dele af bedrifter, som *aktiviteter af særlig art* kan ligestilles med« [54].

91. I Watson Rask-dommen [55] antog Domstolen følgende [56]: »Når en virksomhed ved aftale overdrager ansvaret for en servicefunktion inden for virksomheden, såsom en kantine, til en anden virksomhed, som herved påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for de arbejdstagere, der er tilknyttet den pågældende servicefunktion, kan den således gennemførte transaktion falde ind under direktivets anvendelsesområde, således som det er defineret i artikel 1, stk. 1. Den omstændighed, at den aktivitet, der overføres, kun er af sekundær betydning for *den overdragende virksomhed og ikke er nødvendig i forhold til virksomhedens formål*, kan ikke medføre, at transaktionen falder uden for direktivets anvendelsesområde« [57].

92. Som følge heraf er jeg, også ud fra de ovenfor (under B) anstillede betragtninger, af den opfattelse, at en aktivitet, der består i rengøring af en virksomheds lokaler, og som virksomheden har et konstant behov for, må falde ind under direktivets anvendelsesområde, selv om virksomhedens hovedaktivitet er en anden, forudsat at der består en stabilt organiseret helhed af arbejdstagere, som arbejder med et bestemt formål, også selv om der ikke er blevet overført andre betydelige materielle eller immaterielle aktiver, med andre ord forudsat, at der består en økonomisk enhed, og at denne enhed bevarer sin identitet efter overførslen.

b) Besvarelse af det andet præjudicielle spørgsmål

93. Det andet spørgsmål, som er rejst af den nationale ret, rummer to dele. I den første spørges der, om der i begrebet 'overførsel gennem kontraktlig overdragelse' kan indgå ophævelse af en kontrakt om rengøring, og i den anden ønskes det oplyst, om dette kan

53 — Præmis 30.

54 — Min fremhævelse.

55 — Denne sag, C-209/91, som allerede er nævnt i fodnote 34, vedrørte firmaet Philips, som gennem en kontrakt havde overdraget driften af fire kantiner til et catering-firma, ISS. Herigennem havde ISS påtaget sig forpligtelsen til at genansætte de (ca. ti) ansatte hos Philips, som arbejdede i de pågældende kantiner og tilbyde dem de samme arbejdsvilkår; som modydelse skulle Philips betale ISS et fast månedligt vederlag og dække udgifterne til forskellige varer. Dette indebar, at Philips stillede følgende til rådighed for ISS: visse lokaler og driftsudstyr, el, varme, telefon og omklædningsrum samt renovation, og skaffede desuden ISS visse forbrugsgoder til engrospris. Domstolen fastslog, at direktivet fandt anvendelse i det pågældende tilfælde.

56 — Præmis 17.

57 — Min fremhævelse.

afhænge af, om den virksomhed, der modtager ydelserne, foretager rengøringen ved hjælp af sine egne arbejdstagere eller ved hjælp af andre i henhold til en ny kontrakt?«

94. Når der i forvejen eksisterer en økonomisk enhed og denne bevarer sin identitet efter overførslen, er selve overførselsmåden, som jeg allerede har forklaret i de foregående punkter, kun af minimal interesse. Den kendsgerning, at overførslen iværksættes ved hjælp af en kontrakt, gennem hvilken det overdrages til en tredje virksomhed at udføre visse aktiviteter, som overdrageren havde påtaget sig igen efter kontraktens udløb, er efter min opfattelse ikke afgørende for, om direktivet finder anvendelse, når blot de øvrige forudsætninger, som vi har redegjort for, foreligger.

95. Når et helt rengøringsselskab overføres, betyder det selvfølgelig, at der sker overførsel af en organiseret helhed af arbejdstagere og af de væsentlige aktiver, som består af ordrebogen, kundekataloget, organiseringen af arbejdet osv. Her rejser der sig naturligvis ikke noget særligt problem med hensyn til direktivets beskyttelsesbestemmelser.

96. Problemet opstår, når overførslen ikke angår hele rengøringsselskabet, men kun en del af dets aktiviteter, som vedrører en enkelt af dets kunder.

97. I Watson Rask-dommen antog Domstolen [58], at »på den ene side er det afgørende kriterium til bevis på ...eller dens genaktivering« [59]. Endvidere tilføjede den [60], at det skal tages hensyn til helheden af de faktiske omstændigheder, der karakteriserer den transaktion, det drejer sig om, herunder også, om den nye virksomhedsleder overtager personalet eller ikke.

98. Jeg skal her minde om, at i henhold til kontrakten mellem Hernández Vidal og Contratas y Limpiezas bevarede personalet sit arbejdsforhold til Contratas y Limpiezas i hele kontraktperioden, selv om arbejdet blev udført i Hernández Vidals lokaler. Der var desuden ikke noget forslag fremme mellem de to firmaer om genansættelse af de to arbejdstagere Prudencia og María Gómez Pérez efter kontraktens udløb.

58 — Den i fodnote 34 citerede dom, præmis 19.

59 — Se også dommene i Schmidt-sagen (præmis 17), Spijkers-sagen (præmis 11) og Redmond Stichting-sagen (præmis 23), som allerede er nævnt i henholdsvis fodnote 14, 23 og 14.

60 — Præmis 20.

99. Efter min opfattelse kan ligheden mellem det rengøringsarbejde, som de udførte før og efter opsigelsen af den pågældende kontrakt, ikke være af udslaggivende betydning for at kunne slutte, om der forelå eller ikke forelå en overførsel. Ej heller er fremsættelsen af et forslag om, at den, der får tildelt ordren, skal genansætte arbejdstageren, i sig selv tilstrækkeligt til at slutte noget sådant.

100. Efter min opfattelse hører det med til den nationale rets kompetence i sådanne tilfælde at træffe afgørelse om, hvorvidt der foreligger en bedrift eller en del af en bedrift, og derpå hvorvidt denne er blevet overført, således at de ansatte er dækket af direktivets beskyttelsesbestemmelser, hvilket skal ske på grundlag af de kriterier, som Domstolen har formuleret, navnlig kriteriet om en helhed af arbejdstagere, som er forbundet med hinanden på en stabil måde gennem en fælles aktivitet, og som overtages af erhververen eller den virksomhed, der har fået tildelt ordren.

101. Med hensyn til den anden del af det stillede spørgsmål, mener jeg, at det må være tilstrækkeligt at minde om, at direktivet efter Domstolens faste praksis finder anvendelse, hver gang der forekommer lederskift i en virksomhed, uden at det kræves, at der består et direkte kontraktforhold mellem overdrageren og den, til hvem overdragelsen sker [61].

102. For at afgøre, om betingelserne for overførsel af en økonomisk enhed er opfyldt, skal man derfor tage helheden af de faktiske omstændigheder i betragtning, som karakteriserer den omtvistede handling, herunder hvad arten af den pågældende virksomhed eller bedrift er, om der har eller ikke har fundet overførsel af materielle aktiver sted, som f.eks. bygninger og løsøre, hvad værdien af de immaterielle aktiver på overførselstidspunktet er, om størstedelen af personalet genansættes eller ikke genansættes af den nye virksomhedsleder, om der overføres eller ikke overføres en kundekreds, og endelig graden af lighed mellem de udøvede aktiviteter før og efter overførslen og varigheden af en eventuel afbrydelse af disse aktiviteter. Disse elementer udgør imidlertid kun delaspekter af den samlede vurdering, der kræves, og kan derfor ikke vurderes enkeltvis [62].

103. På grund af de særlige forhold, der gør sig gældende ved rengøring, er det ikke så meget overførslen af visse materielle aktiver (elektriske apparater og andre rengøringsredskaber), men derimod spørgsmålet om størstedelen af personalet genansættes eller ikke genansættes af den nye virksomhedsleder, om kundekredsen overføres eller ikke overføres, samt om graden af lighed mellem de udøvede aktiviteter før og efter overførslen, der er det afgørende moment for, at man kan afgøre, om der har fundet en overførsel sted eller ikke. Det er under alle omstændigheder den forelæggende rets opgave på basis af de ovenfor fremstillede fortolkningselementer at afgøre, om der i hvert enkelt verserende retstvist er foregået en overførsel.

61 — Se f.eks. dommene i sagerne Merckx og Neuhuys (præmis 30), Daddy's Dance Hall (præmis 10), Bork International (præmis 14), og Redmond Stichting (præmis 13), som er anført i henholdsvis fodnote 23, 14, 22 og 14.

62 — Se navnlig dommene Spijkers (præmis 13) og Redmond Stichting (præmis 24), som er nævnt tidligere i henholdsvis fodnote 23 og 14.

104. Jeg vil gerne til slut minde om, at direktivet har til formål at sikre arbejdstagerne et mindstemål af beskyttelse, hvad angår bevarelsen af deres rettigheder ved overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift. Og det er fast retspraksis [63], at »direktivets regler, og navnlig om beskyttelse af arbejdstagerne mod afskedigelse som følge af overførslen, (må) betragtes som præceptive i den forstand, at de ikke kan fraviges til ugunst for arbejdstagerne«. I henhold til direktivets artikel 7, begrænses medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne, dog ikke heraf.

2) *Sag C-229/96, Friedrich Santner*

a) Det første præjudicielle spørgsmål

105. I det første spørgsmål, som er rejst af den nationale ret, spørges der, om rengøring af enkelte dele af en bedrift kan sidestilles med en »del af en bedrift« i direktivets forstand, hvis dette arbejde efter opsigelsen af den kontraktlige overførsel til et andet firma, på ny udføres af virksomheden selv.

63 — Se f.eks. den i fodnote 14 citerede dom i sagen Daddy's Dance Hall, præmis 14, og dom af 12.3.1998, sag C-319/94, Dethier Équipement, Sml. I, s. 1061, præmis 40.

106. Det skal her understreges, at antallet af arbejdstagere i en bedrift ikke er noget afgørende element, når man skal tage stilling til, om der foreligger en økonomisk enhed, der er organiseret på en stabil måde, sådan som også Domstolen har fastslået [64], såfremt den pågældende enheds aktivitet ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise [65].

107. Alligevel skal den nationale ret efterprøve, om der foreligger en organiseret helhed af personer og aktiver, eller blot af personer, der betragtes som en helhed af arbejdstagere, fast forbundet gennem udøvelsen af en bestemt økonomisk aktivitet og en fælles målsætning, som det er forklaret ovenfor, således at retten kan afgøre, at der foreligger en økonomisk enhed, der er organiseret på en stabil måde, og derpå om denne enhed bevarer sin identitet.

108. Jeg skal endvidere her bemærke, at selv om Hoechst i den verserende sag lader en del af rengøringsarbejdet af sine lokaler udføre af firmaets egne ansatte efter opsigelsen af den kontraktlige overdragelse til en tredje virksomhed, udelukker dette ikke eksistensen af en »bedriftsdel« i direktivets forstand. Denne del er den, der svarer til rengøringen af nogle bestemte baderum, som

64 — Se bl.a. den i fodnote 28 nævnte dom i Rygaard-sagen (præmis 20) og den i fodnote 2 nævnte dom i Süzen-sagen (præmis 13).

65 — Jeg minder om, at selv om rengøringen i den i fodnote 14 citerede Schmidt-sag kun udførtes af én (kvindelig) arbejdstager, hindrede det ikke Domstolen i at fastslå (præmis 15), at der forelå en økonomisk enhed, organiseret på stabil måde. Domstolen understregede, at den beskyttelse, som direktivet giver, ikke afhænger af antallet af ansatte i den del af virksomheden, der overføres.

Santners to på hinanden følgende arbejdsgivere skulle sørge for. Den beskyttelse, som direktivet giver, vedrører de arbejdstagere, som hører ind under denne del af virksomheden, eftersom — sådan som Domstolen i øvrigt har fastslået [66] — »arbejdsforholdet nemlig i al væsentlighed (er) karakteriseret ved den tilknytning, arbejdstageren har til den del af virksomheden eller bedriften, ved hvilken han er placeret for at udøve sit erhverv«.

109. Det er i øvrigt min opfattelse, at dette spørgsmål skal besvares på samme måde som det første spørgsmål i sagen C-137/96, Hernández Vidal.

a) Det andet præjudicielle spørgsmål

110. Der rejses her det spørgsmål af den nationale ret, om svaret på det første spørgsmål skal modificeres i det tilfælde, hvor rengøringen af enkelte dele af bedriften efter tilbageførslen til virksomheden igen indgår i rengøringen af hele bedriften.

111. Ifølge den tyske regering kan direktivet ikke finde anvendelse her, idet der mangler et element af »organisatorisk enhed, der har bevaret sin identitet efter overførslen«, eftersom rengøringsarbejdet er blevet opdelt mellem Hoechst, som lod det udføre af egne ansatte, og fremmede virksomheder. Denne opfattelse deles også af Kommissionen.

112. Det fremgår af sagens akter, at Hoechst ikke tilbød Santner genansættelse [67], og ganske vist overtog Hoechst den samlede rengøring af baderummene med egne ansatte, men overdrog siden hen arbejdet dels til sine egne ansatte [68], dels til fremmede virksomheder. Heller ikke andre materielle eller organisatoriske elementer synes at være blevet tilbageført til Hoechst efter opsigelsen af kontrakten.

113. Jeg vil her gerne understrege, at det efter min opfattelse hører med til den nationale rets kompetence at afgøre, om bedriftens identitet fortsat består efter overførslen på grundlag af de kriterier, som Domstolen har fastlagt, idet der skal tages hensyn til særlige forhold ved bedriften og ved rengøringen af bestemte lokaler, som det er fremstillet ovenfor.

114. Jeg skal dog her minde om, at det i direktivets artikel 4, stk. 1, ganske vist bestemmes, at overførsel af en virksomhed,

66 — Se dom af 7.2.1985, sag 186/83, Botzen, Sml. s. 519, præmis 15, og den i fodnote 14 nævnte dom i Schmidt-sagen, præmis 13.

67 — I modsætning til, hvad der var tilfældet i Schmidt-sagen.

68 — Det fremgår af akterne, at det drejer sig om handicappede, der var specielt uddannede til dette formål.

bedrift eller del af en bedrift ikke i sig selv giver overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser, men derefter præciseres det, at denne bestemmelse ikke er til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer. Denne mulighed for at afskedige arbejdstagere gives både til overdrageren og til erhververen, som Domstolen da også har fastslået [69].

3) *Sag C-74/97, Gómez Montaña*

115. Den forelæggende ret spørger, om ophøret af en underentreprisekontrakt med et rengøringsfirma, der var begrundelsen for rengøringsfirmaets afskedigelse af arbejdstageren, og hovedvirksomhedens, en jernbanetransportvirksomheds, overtagelse af rengøringen ved sine egne ansatte, falder ind under direktivets anvendelsesområde.

116. Jeg vil gerne allerførst betone, at med udgangspunkt i den forudgående analyse er den omstændighed, at RENFE selv overtog rengøringen af jernbanestationen i Pontevedra i stedet for igen at overdrage den til en fremmed virksomhed, ikke nogen vigtig faktor ved besvarelsen af spørgsmålet.

117. Når man endvidere lægger de faktiske omstændigheder til grund, som den forelæggende ret har gjort rede for og som er blevet præciseret gennem procesdeltagernes skriftlige indlæg, er det min opfattelse, at der med RENFE's beslutning om selv at påtage sig rengøringen og vedligeholdelsen af jernbanestationen klart er tale om en fortsættelse af en økonomisk aktivitet. Alligevel påhviler det den nationale ret at efterprøve, om der med udgangspunkt i de ovenfor nævnte kriterier, som er udledt af Domstolens praksis, har fundet en overførsel sted af en økonomisk enhed, organiseret på stabil måde, fra Claro Sol til RENFE. Det fremgår nemlig af selve forelæggelsesanmodningen, at det kun var ansvaret for rengøringen og vedligeholdelsen af stationen, der blev overført fra Claro Sol til RENFE, og at Claro Sol blot mistede en underentreprisekontrakt til hovedvirksomheden, et tab, der ikke i sig selv er et bevis på eksistensen af en overførsel i direktivets forstand.

118. Med andre ord, selv om Claro Sol, som kontrakten tidligere var indgået med, mistede en kunde, vedbliver firmaet at bestå helt og fuldt, uden at man kan anse en af dets bedrifter eller en del af en bedrift for at være overdraget til den nye ordremodtager [70].

69 — Se den i fodnote 63 anførte dom af 12.3.1998, Dethier Équipement, præmis 37.

70 — Se også præmis 16 i Süzen-dommen, nævnt i fodnote 2.

119. Alligevel skal den nationale ret undersøge, om Claro Sol for at kunne levere disse tjenesteydelser, dvs. udføre dette arbejde, skulle stille et vist antal arbejdstagere (enten personer til at udføre selve arbejdsopgaverne eller administrativt personale) og visse aktiver, selv af mindre betydning (redskaber, udstyr), til rådighed.

120. Endvidere skal den nationale ret undersøge, om der er blevet overført en organiseret helhed af arbejdstagere eller i hvert fald en betydelig del heraf, med hensyn til arbejdstagernes antal og opgaver, eller virksomhedsmetoder eller måder at organisere arbejdet på, således at det gennem en samlet vurdering af komplekset af indicier kan afgøres, om der har fundet en overførsel sted eller ikke.

121. Det tilkommer altså den nationale ret at fastslå, om der med udgangspunkt i de ovenfor nævnte kriterier består en økonomisk enhed efter overførslen, idet RENFE har påtaget sig rengøringen af jernbanestationen i Pontevedra med eget personale og ikke ansatte Gómez Montaña, efter at kontrakten med Claro Sol, som i hele kontraktperioden var hendes arbejdsgiver, var bragt til ophør. Hvis de nævnte kriterier ikke er opfyldt, må svaret være nej.

122. Som jeg i øvrigt allerede har nævnt, er den omstændighed, at rengøringsarbejdet er sekundært i forhold til RENFE's hovedaktivitet, der består i jernbanetransport, ikke til hinder for, at jeg på grundlag af Domstolens praksis mener, at der kan foreligge en overførsel af en bedrift eller en del af en bedrift i direktivets forstand. Ej heller har antallet af arbejdstagere i den konkrete bedriftsdel nogen særlig betydning, såfremt der findes andre faktorer, som gør det muligt at fastslå, om der har fundet en overførsel sted.

123. Endelig vil jeg minde om, at direktivets artikel 7 ikke medfører nogen begrænsning i medlemsstaternes mulighed for at anvende eller indføre administrative eller ved lov fastsatte bestemmelser, som er gunstigere for arbejdstagerne.

D — *Forenede sager C-173/96 og C-247/96*

1) *Sag C-173/96, Sánchez Hidalgo*

124. Svaret på det spørgsmål, som den forelæggende ret har rejst, forudsætter dels en samlet vurdering af de forskellige kriterier, som Domstolen har fastlagt, for at det kan fastslås, om der foreligger en overførsel af en bedrift eller en del af en bedrift, og dels en efterprøvning af, om den økonomiske enhed, der overføres, bevarer sin identitet efter overførslen.

125. Det fremgår af sagens akter, at det drejer sig om en aktivitet, hvor den menneskelige faktor er det væsentligste, mens de materielle dele (lokaler, teknisk udstyr, organisationen af arbejdet, knowhow osv.) er af mindre betydning.

126. Eftersom det altså drejer sig om en branche, der først og fremmest bygger på arbejdsstyrken, er arbejdstagergruppekriteriet, forstået som en helhed af arbejdstagere, som i længere tid udfører en fælles aktivitet [71], af afgørende betydning. Afgørelsen af, om der foreligger en sådan organiseret helhed, tilkommer den nationale ret. Den omstændighed, at hele det pågældende personale er beskæftiget hos den nye indehaver, er et væsentligt element, der kan føre til den konklusion, at der foreligger en overførsel i direktivets forstand, selv om der ikke er overført andre betydelige materielle eller immaterielle værdier.

127. Den nationale ret skal endvidere blandt andet efterprøve, om der består en lighed mellem de udøvede aktiviteter før og efter overdragelsen [72], og hvilken struktur de pågældende virksomheder har, altså hvordan de er bemandet, hvordan de fungerer osv. [73].

128. Det falder altså ind under den nationale rets kompetence at afgøre, om der foreligger en overførsel af en del af en bedrift, idet den samtidig skal tage stilling til, om hjemmehjælpen fortsat varetages af den samme gruppe underordnet personale, som eventuelt får assistance af andre arbejdstagere, om man stadig har samme arbejdstider, om de personer, der modtager hjemmehjælpen, er de samme osv.

129. Jeg er endvidere af den opfattelse, at det heller ikke er en afgørende faktor, som kunne føre til en anden besvarelse og dermed udelukke den beskyttelse, som direktivet giver, at Guadalajara kommune først efter en ny licitation overdrog hjemmehjælpen til en anden virksomhed, når blot tidsrummet mellem de to overdragelser ikke er alt for langt.

130. Der kræves altså en tæt tidsmæssig forbindelse mellem afslutningen af den ene kontraktlige overdragelse og tildelingen af aktiviteten til en anden virksomhed. Hvor langt et tidsrum der her er tale om, hører det ind under den nationale rets kompetence at afgøre på grundlag af de faktiske omstændigheder og arten af den bedrift, det drejer sig

71 — Se den i fodnote 2 nævnte dom i Süzen-sagen, præmis 21.

72 — I den verserende sag skal den nationale ret således undersøge de særlige karakteristika ved den aktivitet, som først Minerva og siden hen Aser udøvede, inden for rammerne af den kontrakt, de havde indgået med Guadalajara kommune, altså om, hvorvidt den hjemmehjælp, de ydede til bestemte personer, var den samme.

73 — Kommissionen anfører (punkt 8 i sine skriftlige bemærkninger), at Aser i sin redegørelse til kommunen forklarer, at virksomhedens struktur bygger på en række grupper af hjemmehjælpere, en koordinator og en teknisk gruppe, der består af faguddannet personale (socialrådgivere, psykologer mv.).

om i den for retten verserende tvist, når blot direktivets beskyttelsesbestemmelser for arbejdstagerne tilgodeses [74].

131. Det er heller ikke en afgørende faktor, som kunne føre til en anden besvarelse, at der ikke i den kollektive overenskomst eller i udbudsbetingelserne står anført noget om den nye virksomheds forpligtelse til at indtræde i et arbejdsforhold med den forrige ordremodtagers arbejdstagere, når tjenesteydelsen, som ovenfor anført, er overdraget til det nye firma ved licitation. For »på grund af den præceptive karakter af den beskyttelse, som er foreskrevet ved direktivet, og idet der ellers ville være risiko for, at arbejdstagerne ellers fratages denne beskyttelse« [75], kan anvendelsen af direktivet ikke afhænge af forekomsten eller fraværet af sådanne betingelser i den kollektive overenskomst eller i udbudsbetingelserne, men fastlægges ud fra en samlet vurdering af et kompleks af omstændigheder inden for den juridiske og faktuelle ramme i den verserende sag [76], med henblik på at fastslå, om der har fundet en overførsel sted.

2) *Sag C-247/96, Horst Ziemann*

132. Denne retstvist er særligt karakteriseret ved den omstændighed, at de vilkår, der skal gælde, og anvendelsen af dem i vid udstrækning fastsættes af ordregiveren (Bundeswehr), dels — i licitationen — med hensyn til organiseringen, og dels med hensyn til de successive ordremodtageres udførelse af bevogtningen af sanitetsdepotet i Efringen-Kirchen.

133. Den forelæggende ret tager med sine spørgsmål i det væsentlige to problemer op. For det første skal begrebet økonomisk enhed undersøges inden for rammerne af en overførsel af en bedrift på grund af ejerskifte. Det er i hovedsagen det spørgsmål, der rejses i første del af første spørgsmål og i tredje spørgsmål. Herefter skal det undersøges, hvilken betydning det skal tillægges, at ejerskiftet foregik ved licitation og fraværet af en direkte kontraktlig forbindelse mellem de kontraherende virksomheder, som efter hinanden påtager sig sikringsopgaverne (bevogtning og tilsyn) i forbindelse med et sanitetsdepot under Bundeswehr. Det er indholdet af første spørgsmåls anden del og af andet spørgsmål.

a) Begrebet »økonomisk enhed, som kan overføres«

134. Det første, den forelæggende ret spørger om, er, om direktivet også finder anvendelse ved overførsel af en bedrift eller en del af en bedrift, der har form af bevogtning af et sanitetsdepot under Bundeswehr (første del af første spørgsmål), når det i det væsentlige hele tiden er de samme arbejdstagere, der udfører de samme bevogtningsop-

74 — Dette spørgsmål behandles udførligt nedenfor i sagen C-247/96, Horst Ziemann.

75 — Se den i fodnote 22 nævnte dom i sagen Rotsart de Hertaing, præmis 20.

76 — Jeg skal her henlede opmærksomheden på, at Kommissionen i sine skriftlige bemærkninger (punkt I.4) med henvisning til Aser's redegørelse over for Guadalajara kommune, anfører, at Aser ville beholde hele gruppen af underordnet personale (auxiliaires), til hvem arbejdet havde været overdraget i kontraktperioden.

gaver i det store og hele under de samme betingelser, som ordregiveren i stort omfang har fastlagt (tredje spørgsmål).

135. På grund af den omstændighed, at arbejdsgiveren (Bundeswehr) helt ned i detaljerne fastsætter de regler, der er gældende for organiseringen og udførelsen af den pågældende aktivitet, som i det væsentlige udføres af de samme arbejdstagere, anmodes Domstolen om at fastslå, om der foreligger en økonomisk enhed, således at overførslen af denne falder ind under direktivets anvendelsesområde. Hvis dette ikke er tilfældet, hvis der altså ikke foreligger en økonomisk enhed, kommer en anvendelse af direktivets beskyttelsesbestemmelser ikke i betragtning.

136. For at direktivet kan finde anvendelse i en situation, hvor to virksomheder efter hinanden overtager udførelsen af en aktivitet, kræves det frem for alt, at den første med henblik herpå har dannet en temmelig gennemorganiseret (økonomisk) enhed.

137. Det drejer sig om spørgsmålet, hvorvidt den indflydelse, som ordregiveren udøver på organiseringen og udførelsen af aktiviteten hos den, der har fået tildelt ordren (ordremodtageren), i visse tilfælde kan medføre, at den sidstnævnte bliver frataget sin handlefrihed og dermed sin mulighed for at danne en organiseret økonomisk enhed.

138. Ziemann GmbH udtrykker tvivl med hensyn til. om direktivet kan finde anvendelsen på offentligretlige organisationer som Bundeswehr.

139. Såvel Ziemann GmbH som den tyske regering er af den opfattelse, at bevogtningen af et sanitetsdepot ikke udgjorde nogen økonomisk enhed, eftersom den ikke kunne fungere som en selvstændig enhed, når man tager den indflydelse i betragtning, som Bundeswehr udøvede på organiseringen og udførelsen af de pågældende arbejdsopgaver. Der forelå altså overførsel af kontrakt og ikke af en bedrift eller en del af en bedrift.

140. Ifølge Kommissionen eksisterer der ganske vist en økonomisk enhed, blot er denne ikke blevet overført, men tilhørte og vedbliver med at tilhøre Bundeswehr, som giver den det nødvendige minimum af organisatorisk opbygning og selvstændighed.

141. Som tidligere nævnt har Domstolen fastslået [77], at »det er ... en forudsætning for, at direktivet finder anvendelse, at overførslen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entreprise«. Og den fortsætter:

77 — Se f.eks. de i henholdsvis fodnote 28 og 2 nævnte domme i sagen Rygaard (præmis 20) og Süzen (præmis 13).

»Begrebet enhed omfatter således en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål.«

i) Begrebet »økonomisk enhed«

142. Det er altså ikke tilstrækkeligt, at der blot foreligger en simpel succession mellem virksomhedsindehavere vedrørende udøvelse af en økonomisk aktivitet, men der skal også overføres en økonomisk enhed, det vil sige en organiseret helhed af personer og/eller aktiver, som muliggør udøvelsen af en økonomisk aktivitet, og der skal foreligge et selvstændigt formål. Jeg har i øvrigt i tidligere punkter redegjort for grundene til, at eksistensen af materielle eller immaterielle formueaktiver ikke kan være udslaggivende i forbindelse med aktiviteter, hvor den menneskelige arbejdskraft er den væsentligste faktor.

143. Der kan altså ikke være tale om overførsel af en bedrift eller en del af en bedrift fra den første virksomhed (Ziemann GmbH) til den anden, som fik tildelt ordren (Horst Bohn), medmindre for det første at »bevogtningsafdelingen« af sanitetsdepotet i Efringen Kirchen udgør en økonomisk enhed og dermed en bedriftsdel, jf. direktivets artikel 1, stk. 1, og for det andet, at denne del tilhørte Ziemann GmbH, inden den overførtes til Horst Bohn, sådan som Kommissionen med rette bemærker (punkt 22 i dens skriftlige bemærkninger). Hvis derimod »bevogtningsafdelingen« forblev under Bundeswehr, uanset at driften af den successivt blev overdraget til forskellige virksomheder, kan der på ingen måde være tale om overførsel af en bedriftsdel.

144. Som jeg allerede har nævnt, udgør bevogtningen af nogle lokaler, når denne overdrages til en virksomhed, en tjenesteydelse og dermed en økonomisk aktivitet. Når denne aktivitet, der udføres med et særligt formål for øje, udøves af en organiseret økonomisk enhed, dvs. af en organiseret helhed af personer og/eller aktiver, udgør denne enhed, selv om aktiviteten er sekundær i forhold til virksomhedens hovedformål, en økonomisk enhed, som er grundlaget for enhver virksomhed, bedrift eller del af bedrift, i henhold til direktivets terminologi.

145. Naturligvis skal en økonomisk enhed være organiseret, dvs. udvise en vis, eller blot en minimal organisatorisk opbygning for at udgøre en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift.

146. I praksis vil der hermed navnlig kunne menes den konkrete organisering af personalet, varigheden af og kontinuiteten i udøvelsen af aktiviteten, tilstedeværelsen af en arbejdsplan med bestemte arbejdstider, udvælgelsen af personale og placeringen af de udvalgte personer på konkrete opgaver. Disse punkter, som kun er anført som rene eksempler, skal i hvert enkelt tilfælde verificeres af den nationale ret.

147. På grundlag af de faktiske omstændigheder, som fremgår af forelæggelsesanmodningen, er jeg nået til den opfattelse, at bevogtningen af det pågældende sanitetsdepot kan udgøre en økonomisk enhed, idet jeg heri er enig med Kommissionen. Jeg er kommet til denne konklusion ud fra den kendsgerning, at bevogtningen af det pågældende område i en lang periode har været overdraget til en bestemt helhed af vagtfolk, selv om deres opgaver er fastsat i lov om soldaters og civilt vagtpersonales udøvelse af særlige beføjelser (UZwGBw) og i vilkårene i tjenesteydelsesaftalen. Endvidere fremgår det af sagens akter, at vagtpersonalet udvælges, uddannes og benyttes på grundlag af deres evne til at udføre de pågældende tjenesteydelser. Personalet arbejder efter et fastlagt vagtskema og skal respektere de fastsatte tider og overholde de konkrete anvisninger.

ii) Spørgsmålet, om »bevogtningsafdelingen« forblev under Bundeswehr eller hver gang blev overført til den virksomhed, der fik tildelt ordren

148. Kommissionen er af den opfattelse, at der i den verserende sag efter de faktiske omstændigheder at dømme, sådan som de er beskrevet af den forelæggende ret, ikke er tale om en overførsel af en del af en bedrift fra Bundeswehr til den første virksomhed og siden hen, efter overdragelsen, til den anden. Den økonomiske enhed »bevogtning« af sanitetsdepotet i Efringen Kirchen er, set ud fra dens organisatoriske opbygning og dens selvstændighed, for størstedelen varigt inkorporeret i Bundeswehr på grund af sidstnævntes særlige karakter som ordregivende myndighed.

149. Dette synspunkt kan efter min mening ikke godtages. Vi har anerkendt, at der foreligger en økonomisk enhed, som består i bevogtningen af sanitetsdepotet i Efringen Kirchen, og at dette depot tilhører Bundeswehr. Men uanset hvor stor en indflydelse Bundeswehr øver på denne økonomiske enhed, især gennem nogle vilkår, som er indeholdt i vagttjenesteaftalen, mener jeg ikke, at dette er tilstrækkeligt til at udelukke den beskyttelse, som direktivet giver i tilfælde af overførsel af en virksomhed, en bedrift eller dele af bedrifter.

150. Jeg er altså af den opfattelse, at den indflydelse, som den overdragende myndighed (Bundeswehr) har [78], hvor betydelig den end

78 — Kontrakten mellem Bundeswehr, som er ansvarlig for sanitetsdepotets drift, og de forskellige vagtselskaber, er på forhånd formuleret i enkeltheder af den hertil kompetente militærforvaltning og udbydes i offentlig licitation. I licitationsmaterialet har man i detaljer fastlagt bevogtningsopgaverne, området, der skal overvåges, antallet af vagter og hunde, de betingelser, som vagtpersonalet skal opfylde, de kvalifikationer, der kræves, samt kontrolforanstaltninger og våbenuddannelse af personalet; siden hen nedfældes dette i detaljer i den kontrakt, der indgås. Modtageren af tjenesteydelserne (Bundeswehr) stiller vagtrum, toiletter, hvilerum og garderobeskabe til rådighed for personalet i sanitetsdepotets lokaler. Den, der skal levere tjenesteydelserne, kan kun ansætte personale efter skriftlig tilladelse fra Bundeswehr, og han skal i forvejen sammesteds anmelde ekstra personale (vikarer) og skal udelukke og erstatte de personer, som ordregiveren forlanger, hvilket Bundeswehr er berettiget til at gøre på hvilket som helst tidspunkt. Endvidere forklarer den nationale ret, at udførelsen af kontrakten finder sted på de betingelser, som Bundeswehr stiller, først og fremmest inden for rammerne af UZwGBw.

måtte være, ikke fuldstændigt ophæver ordremodtagerens handlingsfrihed, da det ville hindre os i at hævde, at sidstnævnte besidder visse beføjelser til at organisere den økonomiske enhed, som udgøres af bevogtningen af sanitetsdepotet.

151. Som anført af den forelæggende ret, er den, der leverer tjenesteydelserne, ganske vist forpligtet til at undlade at bruge dette vagtpersonale i andre ejendomme, men dette kunne også være tilfældet f.eks. ved bevogtningen af en bank. Den, der leverer tjenesteydelserne, må stille med noget udstyr, som f.eks. arbejdstøj, armbind, revolvere, politikøller, fløjter, lommelygter, førstehjælpskasser, kontrolapparatur mv. Alt dette må naturligvis indgå i den samlede vurdering af, om der foreligger en økonomisk enhed, som ordremodtageren i hvert fald i et vist omfang har det organisatoriske ansvar for.

152. Også i de tilfælde, hvor rengøringsarbejde eller vagttjeneste overdrages til en (fremmed) virksomhed [79], er det ofte ordregiveren, der fastlægger tidsplanen for arbejdet, påbyder eller forbyder anvendelsen af visse materialer, kræver visse elementære sikkerhedsbestemmelser overholdt, der kan føre så vidt, at han kræver ret til at godkende det personale, som skal levere tjenesteydelserne, eller kræver, at der på rengøringsområderne er adgang forbudt for visse personer, som ikke har nogen forbindelse med tjenesteydelsens genstand. Tilsvarende argumenter ville man også kunne udlede af tilfælde, hvor en virksomhed påtager sig pasningen af en forretnings eller en privatmands haveanlæg eller ansvaret for at drive en kantine i en virksomheds lokaler.

153. Af det ovenstående kan det efter min opfattelse udledes, at den første virksomhed, der fik tildelt ordren, har en ganske vist begrænset frihed til at fastlægge organiseringen af den økonomiske enhed »bevogtning« og måden, som de pågældende opgaver skal udføres på. Ligeledes begrænser ordremodtagerens pligter sig ikke kun til mod betaling at stille de vagtfolk, med hvilke ordremodtageren er forbundet med en arbejdskontrakt, til rådighed for ordregiverens økonomiske enhed »bevogtning«, og hvad Kommissionen her har fremført om det modsatte, må afvises som ubegrundet.

154. Såfremt Bundeswehr derfor beslutter gennem en kontrakt at overdrage ansvaret for udførelsen af en bestemt tjeneste til en virksomhed (den første ordremodtager) på vilkår, som er anført af den forelæggende ret (hvem efterprøvningen af de faktiske omstændigheder i øvrigt tilkommer), og den økonomiske enhed også bevarer sin identitet efter overførslen, sammenholdt med den omstændighed, at ordremodtageren bevarer en vis, om end begrænset organisatorisk beføjelse over denne økonomiske enhed, er dette for os tilstrækkeligt til at godtage, at den pågældende økonomiske enhed ikke er forblevet under Bundeswehr efter den første overdragelse.

79 — Som f.eks. (når det drejer sig om) et museum, en bank eller et boligkompleks.

iii) Overførsel af en del af en bedrift

155. Med udgangspunkt i den ovenstående undersøgelse er det min opfattelse, at der i det tilfælde, som er beskrevet af den forelæggende ret, hos den første ordremodtager eksisterer en økonomisk enhed, som består i bevogtningen af sanitetsdepotet i Efringen Kirchen.

156. Men for at finde ud af, om der, efter at kontrakten var opsagt, forelå en overførsel fra den første til den anden ordremodtager, må vi søge tilbage til de forskellige kriterier, som kan udledes af Domstolens praksis. Disse kriterier skal den nationale ret tage med i betragtning, idet den tager hensyn til de særlige forhold ved den aktivitet, som det her drejer sig om. Det fremgår af sagens akter, at det drejer sig om en aktivitet, i hvilken den menneskelige faktor er den vigtigste, hvorimod de materielle eller immaterielle elementer tydeligvis er af mindre betydning.

157. Med andre ord drejer det sig om en organiseret helhed af arbejdstagere, som er specielt beskæftiget med en fælles aktivitet. Jeg kan derfor ikke indse, af hvilken grund denne helhed, som udgør en økonomisk enhed, ikke skulle kunne overføres, hver gang den nye virksomhed — bortset fra ligheden af de udførte opgaver — også overtager helheden eller størstedelen af de arbejdstagere (med hensyn til antal og kvalifikationer), til hvem forgængeren specielt havde overdraget opfyldelsen af kontrakten, hvad der giver den nye virksomhed mulighed for på en stabil måde at fortsætte aktiviteten med at bevogte det pågældende sanitetsdepot under Bundeswehr, selv om der ikke overføres andre betydelige materielle eller immaterielle aktiver til den nye ordremodtager.

158. Til samme konklusion fører også den omstændighed, at det af forelæggelsesanmodningen kan udledes, at det i det væsentlige er de samme arbejdstagere, der hele tiden har udført de samme bevogtningsopgaver, stort set under de samme betingelser, selv om disse betingelser i betydeligt omfang er blevet fastsat af ordregiveren [80].

b) Måden, hvorpå overførslen finder sted

i) Anden del af første spørgsmål

159. I anden del af første spørgsmål rejser den forelæggende ret spørgsmålet om, hvorvidt direktivet finder anvendelse, når overførslen ikke foregår direkte mellem to virksomheder, men ved en opsigelse af en kontrakt med én virksomhed, efterfulgt af en tildeling af ordren til en anden gennem en licitationsprocedure.

160. I den verserende sag skal jeg blot henvise til, at såfremt betingelserne, som Domstolen har opstillet, og som blev præciseret i Süzen-dommen, for at efterprøve, om der har eller ikke har fundet en overførsel sted, er opfyldt, er selve overførselsmåden, som

80 — Den forelæggende ret anfører (afsnit II, nr. 4), at efter Ziemann's opfattelse fortsatte Horst Bohn med at beskæftige 9 ud af 12 arbejdstagere med bevogtningen af sanitetsdepotet i Efringen Kirchen. Kun Ziemann og endnu en, ældre arbejdstager blev opsagt, fordi Ziemann efter Bundeswehrs opfattelse var for gammel til vagttjeneste. Desuden anfører Kommissionen (punkt 7 i de skriftlige bemærkninger), at en tredje arbejdstager frivilligt forlod virksomheden.

jeg allerede har forklaret, kun af minimal interesse, altså om overførslen er foregået ved opsigelse af en kontrakt, licitation og ny tildeling til en anden virksomhed inden for det pågældende marked. Med andre ord skal der i den foreliggende sag gælde de samme principper, *mutatis mutandis*, som er gældende ved opsigelse af en kontrakt (om bevogtning), efterfulgt af en ny overdragelse uden licitation. I øvrigt skal der ifølge Domstolens praksis ikke nødvendigvis [81] bestå et direkte kontraktforhold mellem det tidligere og det nye firma, som leverer disse ydelser, for at der kan foreligge en »kontraktlig overdragelse« som forudsat i direktivet [82].

ii) Andet spørgsmål: Betydningen af den tid, der er forløbet mellem de to tildelinger

161. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret supplerende oplyst, om det er afgørende for anvendelsen af direktivet, om den pågældende del af bedriften, der består i bevogtning af det pågældende sanitetsdepot, i den omtvistede sag efter ophøret af kontrakten med det første firma [83] igen overgik til ordregiveren [84], og at der *i umiddelbar tilslutning hertil* atter blev indgået en ny tjenesteydelsesaftale, i det væsentlige med samme indhold, med en ny kontrahent [85]. Der spørges altså, om det forhold, at indgåelsen af den nye kontrakt om levering af tjenesteydelser i det væsentlige med samme indhold, fandt sted *umiddelbart efter*, er et afgørende kriterium for, om der er tale om en overførsel af den del af bedriften, der består i bevogtning af det pågældende sanitetsdepot, og følgelig om overførsel af en del af en bedrift ved licitation.

162. Efter min opfattelse kræves der en tæt tidsmæssig sammenhæng mellem afslutningen af et kontraktforhold om overdragelse og en tildeling af ordren til et nyt firma. Hvor langt dette tidsrum må være, tilkommer det den nationale ret at afgøre på grundlag af de faktiske omstændigheder og arten af den bedrift, det drejer sig om i den pågældende tvist.

163. Under alle omstændigheder skal nyttevirkningen af direktivets beskyttelsesbestemmelser efter min vurdering bevares i tilfælde af overførsel af en bedrift. Men dette ville ikke ske, hvis anvendelsen af bestemmelserne

81 — Domstolen har således fastslået, at følgende forhold falder ind under direktivets anvendelsesområde: opsigelsen af en kontrakt om forpagtning af en restaurant, ledsaget af indgåelsen af en ny forpagtningskontrakt med et andet firma (nævnt i fodnote 14, dom Daddy's Dance Hall); opsigelsen af et lejemål samtidig med ejerens salg heraf (fodnote 22, dom Bork International); eller et tilfælde, hvor en offentlig myndighed standser tilskuddet til en juridisk person og derved fremkalder et fuldstændigt og endeligt ophør af dennes aktiviteter ved at overføre disse til en anden juridisk person, der har et lignende formål (nævnt i fodnote 14, dom Redmond Stichting). I dommen af 7.3.1996, Merckx og Neuhuys, som er nævnt i fodnote 23, præmis 30 og 32, blev det statueret, at direktivet omfatter det forhold, at en virksomhed, der er indehaver af en ret til at forhandle biler i et bestemt område, indstiller sin virksomhed, og forhandlerretten derefter overdrages til et andet selskab, som overtager en del af personalet og drager fordel af en anbefaling over for kundekredsen, uden at der sker nogen overførsel af aktiver.

82 — Jeg minder om, at Domstolen på grund af forskelle i oversættelserne til de forskellige sprog af termen »kontraktlig overdragelse«, fortolker denne bredt, således at fortolkningen svarer til direktivets formål, som er at beskytte arbejdstagerne. Det er derfor Domstolens faste praksis, at »direktivet således [må] finde 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«, se f.eks. dommene Bork International (citeret i fodnote 22, præmis 13) og Redmond Stichting (nævnt i fodnote 14, præmis 11).

83 — Nemlig Ziemann GmbH.

84 — Bundeswehr.

85 — Firmaet Horst Bohn.

var udelukket i tilfælde af, at en langtidskontrakt om »bevogtning«, som udføres af et særligt vagtmandskab i en virksomhed, opsiges, uden at den overføres direkte til et nyt vagtselskab. Det tilkommer den nationale ret, når den undersøger bedriftsdelens identitet før og efter overførslen, at verificere, om der foreligger en sådan tæt tidsmæssig sammenhæng, som Kommissionen med rette anfører (punkt 47 i dens skriftlige bemærkninger) [86].

164. Alligevel skal det understreges, at der efter de i forelæggelsesanmodningen anførte oplysninger ikke synes at rejse sig et spørgsmål af den art, idet den tætte tidsmæssige sammenhæng må antages at være givet mellem opsigelsen af den kontrakt, som Bundeswehr havde indgået med det første selskab (Ziemann GmbH) [87], og overdragelsen til det nye selskab (Horst Bohn) [88], eftersom overdragelserne til de to virksomheder forløb ved direkte succession, uden at der var tale om en overgangsfase [89].

VI — Forslag til afgørelse

165. På grundlag af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene således:

A — Forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97

1) Besvarelse af det første spørgsmål i sag C-127/96, Hernández Vidal og det første spørgsmål i sag C-229/96, Friedrich Santner

»Artikel 1 i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbin-

86 — Kommissionen betoner med rette (punkt 48 i de skriftlige bemærkninger), at arten af bedriftsoverførslen og specialiseringen hos det personale, som det nye firma overtager, kan tjene som indicier, der gør det muligt at fastsætte det tidsrum, inden for hvilket en overførsel af en bedriftsdel kan foregå i det konkrete tilfælde efter afslutningen af den gamle aftale og før påbegyndelsen af den nye. Således kan det mellemliggende tidsrum i tilfælde af overførsel af en bedriftsdel, ved hvilken den nye virksomhed skal findes gennem en omfattende licitationsprocedure, være af længere varighed, end hvis overførslen foregår ved et direkte skift af firma. Det mellemliggende tidsrum kan også være længere, når de opgaver, som skal overdrages til den nye kontrahent, kræver stor specialisering, og det derfor kræver mere omfattende markedsundersøgelser at finde frem til den bedst mulige virksomhed eller ordremodtager til at levere de pågældende tjenesteydelser, end hvis det drejer sig om en aktivitet, der kan udføres af et større antal virksomheder eller ordremodtagere.

87 — Dette skete den 30.9.1995.

88 — Ifølge Kommissionen fandt overdragelsen til Horst Bohn sted den 1.10.1995.

89 — Ziemanns søgsmål mod Ziemann GmbH og Horst Bohn blev indgivet den 9.10.1995.

delse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, skal fortolkes således, at den aktivitet, der består i rengøring af en virksomheds lokaler, og som virksomheden varigt har behov for, selv om dens hovedaktivitet er en anden, kan falde ind under direktivets anvendelsesområde, for så vidt som der foreligger en helhed af arbejdstagere, organiseret på stabil måde og med et selvstændigt formål, med andre ord, forudsat at der foreligger en økonomisk enhed, og at denne enhed bevarer sin identitet efter overførslen.

2) Besvarelse af det andet spørgsmål i sag C-127/96, Hernández Vidal det andet spørgsmål i sag C-229/96, Friedrich Santner, og spørgsmålet i sag C-74/97, Gómez Montaña

Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at direktivet ikke finder anvendelse i de tilfælde, hvor en virksomhedsindehaver, som har overdraget rengøringen af sine lokaler til en anden virksomhedsindehaver, opsiger kontrakten med den anden og selv overtager udførelsen af denne type arbejde. Det er hermed uden betydning, om det drejer sig om hans egne ansatte eller om folk, som antages til dette arbejde, såfremt denne handling hverken er forbundet med en overdragelse af betydelige materielle eller immaterielle aktiver fra den ene indehaver til den anden, eller — i brancher, hvor helheden af arbejdstagere udgør det væsentligste element, som ved rengøringsarbejde — med genansættelse af en i henseende til antal og kvalifikationer betydelig del af det personale, som forgængeren havde ansat til opfyldelse af kontrakten.«

B — Forenede sager C-173/96 og C-247/96

1) Besvarelse af spørgsmålet i sag C-173/96, Sánchez Hidalgo

»Artikel 1 i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, skal fortolkes således, at ydelse af hjemmehjælp kan falde ind under direktivets anvendelsesområde, såfremt der foreligger en organiseret helhed af arbejdstagere, organiseret på stabil måde og med et selvstændigt formål, med andre ord, såfremt der foreligger en økonomisk enhed, og denne enhed bevarer sin identitet efter overførslen.

Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at direktivet kan finde anvendelse i tilfælde, hvor et firma, som har overdraget et andet firma at yde hjem-

mehjælp, ved kontraktens udløb overdrager arbejdet til et nyt firma, såfremt den nye virksomhedsindehaver genansætter en i henseende til antal og kvalifikationer betydelig del af det personale, som forgængeren havde ansat til opfyldelse af kontrakten, også selv om denne handling ikke er forbundet med en overdragelse af betydelige materielle eller immaterielle aktiver fra den ene virksomhed til den anden.

Den beskyttelse, som i henhold til direktiv 77/187 sikres arbejdstagere, der skifter arbejdsgiver i tilfælde af overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift, kan ikke være afhængig af et krav i en kollektiv overenskomst eller i licitationsbetingelserne om, at den nye virksomhed, som opgaven overdrages til ved licitation, er forpligtet til at indsætte den forrige kontrahents arbejdstagere i arbejdsforholdet, eftersom eksistensen af en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift i henhold til direktivets bestemmelser fastslås på grundlag af en samlet vurdering af et kompleks af oplysninger om den juridiske og den faktuelle ramme, der karakteriserer den omtvistede handling.«

2) Sag C-247/96, Horst Ziemann

a) Besvarelse af første del af første spørgsmål

»Artikel 1 i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, skal fortolkes således, at en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift ikke kan udelukkes, allerede fordi den ordregivende myndighed på grundlag af lov- eller kontraktbestemmelser udøver en direkte indflydelse på ordremodtageren med hensyn til den måde, kontrakten skal opfyldes på. Et tilfælde af den art kan falde ind under direktivets anvendelsesområde, såfremt der foreligger en organiseret helhed af arbejdstagere, organiseret på stabil måde og med et selvstændigt formål, med andre ord, såfremt der foreligger en økonomisk enhed, og denne enhed bevarer sin identitet efter overførslen.«

b) Besvarelse af tredje spørgsmål

»Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at direktivet kan finde anvendelse i en situation, hvor ordregiveren opsiger sin kontrakt med ordremod-

tageren og overdrager de pågældende arbejder til en ny virksomhed, såfremt det drejer sig om brancher, hvor det, som ved vagttjenester, er helheden af arbejdstagere, der udgør det vigtigste element, og det i det væsentlige er de samme personer, der udfører de samme opgaver på det samme sted og på betingelser, der i det væsentlige er de samme, og handlingen ledsages af den nye virksomhedsindehavers genansættelse af en i henseende til antal og kvalifikationer betydelig del af det personale, som forgængeren havde ansat til opfyldelse af kontrakten.«

c) Besvarelse af første spørgsmåls anden del og af andet spørgsmål

»Artikel 1, stk. 1, i direktiv 77/187 skal fortolkes således, at overførslen af en virksomhed ikke kan udelukkes, allerede fordi ordregiveren opsiger en kontrakt om tjenesteydelser, som f.eks. vagttjeneste, med den forrige ordremodtager og inden for et rimeligt tidsrum overdrager opgaven til en ny virksomhed ved licitation, uden at der foreligger en direkte kontraktlig overdragelse mellem den forrige og den nye ordremodtager.«