

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA

M. POIARES MADURA,
predstavljeni 16. junija 2005¹

1. V tej zadevi je Sodišče naprošeno, da ponovno opredeli pojem „prenosa“ v smislu člena 1 Direktive Sveta 2001/23/ES z dne 12. marca 2001 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov² (UL L 82, str. 16). Arbeitsgericht Düsseldorf (Nemčija) je namreč v dveh ločenih predložitvenih odločbah z dne 5. maja 2004 predložilo Sodišču vprašanja o uporabi te direktive v primeru, kadar naročilo storitev v zvezi z nadzorom potnikov na letališču Düsseldorf preide z enega izvajalca storitev na drugega. Predložitveno sodišče želi zlasti ugotoviti, kakšne posledice je treba pripisati razpolaga-

nju z določenimi poslovnimi sredstvi, ki jih da naročnik³ na voljo prevzemnikom naročila.

I – Dejstva, pravni okvir in vprašanja za predhodno odločanje

2. V skladu z določbami pogodbe, sklenjene 24. marca oziroma 5. aprila 2000 z Zvezno republiko Nemčijo, je nadzor prtljage in potnikov na letališču Düsseldorf prevzela družba Aviation Defence International Germany Ltd. Securicor Aviation (Nemčija) Ltd (v nadaljevanju Securicor) je prevzela izvajanje te pogodbe. Z dopisom z dne 5. junija 2003 je bila družba Securicor obveščena, da njena nadzorna služba ne bo podaljšana po 31. decembru 2003, ker je bilo naročilo o izvajanju nalog letališke varnosti na letališču oddano družbi Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG (v nadaljevanju: Kötter). Ta

1 — Jezik izvornika: portugalščina.

2 — Ta direktiva kodificira spremembe Direktive Sveta 77/187/EGS z dne 14. februarja 1977 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov (UL L 61, str. 26), vsebovane v Direktivi Sveta 98/50/ES z dne 29. junija 1998 (UL L 201, str. 88).

3 — Ta opomba se ne nanaša na slovensko različico besedila.

je začela opravljati svoje dejavnosti 1. januarja 2004.

3. V skladu z določbami pogodbe, ki se ob zamenjavi prevzemnika naročila niso spremenile, da Zvezna republika Nemčija na voljo slednjemu opremo za letališko varnost, potrebno za izvajanje nadzora, in prevzame skrb za njeno vzdrževanje. Gre za prehodne detektorje, tekoči trak, opremljen s sistemom samodejnega rentgenskega pregleda (naprave za pregled prtljage in za detekcijo z rentgenskim aparatom), ročne detektorje ter detektorje razstreliv.

4. Prav tako je v pogodbi predvideno, da mora ponudnik upoštevati člen 29(c), odstavek 1, zakona o zračnem prometu (Luftverkehrsgesetz), v skladu s katerim „organi letalstva zagotavljajo zaščito pred ogrožanjem varnosti v zračnem prometu, zlasti pred ugrabitvami zračnih plovil in sabotажnimi dejanji. Teritorialna pristojnost organov letalstva se v ta namen razširi na celotno letališko območje. Ker izvajanje teh nalog zahteva preiskavo oseb in preiskavo, pregled ali katero koli drugo obliko kontrole predmetov, lahko organi letalstva v te naloge vključijo usposobljene osebe kot pomožno osebje, ki mora opravljati svoje naloge pod nadzorom omenjenih organov.“⁴

5. Zato morajo uslužbenci prevzemnika naročila, dodeljeni za nadzor, končati posebno štiritedensko usposabljanje in opraviti izpit za pomočnika za varnost letalstva ter pridobiti prenos javnih pooblastil za izvajanje nadzora.

6. Gospe Güney-Görres in Demir sta bili zaposleni kot varnostnici od 26. aprila 2000 oziroma 7. maja 2001 in sta bili zato zavezani predpisom člena 29(c) zakona o zračnem prometu. Družba Securicor je vsaki od njiju poslala dopis z dne 26. novembra 2003 z odpovedjo pogodbe o zaposlitvi z začetkom veljavnosti z 31. decembrom 2003. Uslužbenki sta se odzvali z vložitvijo tožb pri Arbeitsgericht Düsseldorf, ki sta prispeli na sodišče 18. decembra 2003, s katerima sta želeli doseči ugotovitev, da bi se njuni pogodbi o zaposlitvi morali nadaljevati pri novem prevzemniku naročila, ker je prišlo do prenosa podjetja.

7. Pojem „prenos“ podjetja je opredeljen v členu 1(1) Direktive 2001/23, ki določa:

⁴ — Ta zakon je naveden v objavljeni različici z dne 27. marca 1999 (BGBl. 1999 I, str. 550), nazadnje spremenjeni z zakonom z dne 6. aprila 2004 (BGBl. 2004 I, str. 550).

„a) Ta direktiva [...] se uporablja za vsak prenos podjetja, obrata ali dela podjetja

ali obrata na drugega delodajalca, ki je posledica pogodbenega prenosa ali združitve.

- b) Ob upoštevanju pododstavka (a) in nadaljnjih določb tega člena se za prenos v smislu te direktive šteje prenos gospodarske enote, ki ohrani svojo identiteto, se pravi organiziranega skupka virov, katerega cilj je opravljanje gospodarske dejavnosti, ne glede na to, ali je ta dejavnost glavna ali stranska.⁵

8. Ta določba je bila prenesena v nemško pravo s členom 613a nemškega civilnega zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch), ki v odstavku 1 določa : „[k]adar je obrat ali del obrata s pravnim aktom prenesen na drugega lastnika, ta vstopi v pravice in obveznosti, ki izhajajo iz pogodb o zaposlitvi, veljavnih na dan prenosa“.

9. Po mnenju Arbeitsgericht Düsseldorf je obstoj prenosa podjetja odvisen od morebitnega prenosa poslovnih sredstev, to je

opreme za letališko varnost, z družbe Securicor na družbo Kötter. Ugotovljeno je namreč, da družba Kötter uporablja ista poslovna sredstva kot družba Securicor, ki jih je dal naročnik na voljo. Predložitveno sodišče sprašuje, ali ta okoliščina zadošča za obstoj prenosa obrata v smislu člena 1 Direktive 2001/23, kot ga Sodišče razlaga v svoji sodbi Abler in drugi⁶. V tej sodbi je Sodišče utemeljilo sklep o obstoju prenosa podjetja med izvajalci storitev, ki drug drugemu sledijo, z dejstvom, da je naročnik dal na voljo poslovna sredstva. Dvomi predložitvenega sodišča izhajajo tudi iz razlage pojma prenos v sodni praksi Zveznega delovnega sodišča (Bundesarbeitsgericht), ki meni, da poslovna sredstva, dana na voljo prevzemniku naročila, lahko štejejo za njegova poslovna sredstva le v okviru „lastne gospodarske uporabe“.⁷ Zato je Zvezno delovno sodišče (Arbeitsgericht) Düsseldorf v dveh ločenih odločbah z dne 3. maja 2004, ki sta bili zaradi enake vsebine postavljenih vprašanj združeni s sklepom predsednika Sodišča z dne 9. julija 2004, postavilo Sodišču ti vprašanji:

- „1. Ali je pri preverjanju dejanskega obstoja prenosa obrata v smislu člena 1 Direktive 2001/23/ES – ne glede na vprašanje

5 — Ta opredelitev je enaka kot v različici, ki jo vsebuje Direktiva 98/50.

6 — Sodba z dne 20. novembra 2003 (C-340/01, Recueil, str. I-14023).

7 — Sodba osmega senata Zveznega delovnega sodišča (Bundesarbeitsgericht) z dne 11. decembra 1997 (8 AZR 426/94, BAG 87, 296), sklep z dne 22. januarja 1998 (8 ABR 83/96), še neobjavljena, ter sodba z dne 25. maja 2000 (8 AZR 337/99), še neobjavljena – vsi povzeti v prilogi k pripombam nemške vlade.

lastništva – ob ponovni oddaji naročila in v okviru celostne presoje predpostavka za ugotovitev prenosa poslovnih sredstev od prvotnega prevzemnika naročila na novega prevzemnika naročila, da se ta sredstva na zadnjemavedenega prenesejo za lastno gospodarsko uporabo? Ali se mora za pritrdilni odgovor glede obstoja prenosa poslovnih sredstev zato prevzemniku naročila priznati pravica, da lahko o načinu njihove uporabe odloči v lastnem gospodarskem interesu? Ali je zato treba razlikovati, ali prevzemnik naročila opravi storitev ,na' poslovna sredstva naročnika ali ,z' njimi?

- b) Ali gre za lastno gospodarsko uporabo prevzemnika naročila, če v okviru nadzora potnikov na letališčih ta uporablja prehodne detektorje, ročne detektorje in opremo za detekcijo z rentgenskim aparatom, ki mu jih je dal na voljo naročnik?"

10. Obe vprašanji skušata opredeliti okoliščine, v katerih se lahko upošteva, da je prišlo do prenosa poslovnih sredstev, kadar da naročnik ta sredstva na voljo prevzemnikom tega naročila, ki si drug drugemu sledijo.

2. Če Sodišče na prvo vprašanje odgovori pritrdilno:

11. Najprej je treba ugotoviti, da ni nobenega dvoma glede uporabe Direktive 2001/23 pri naročilih storitev. V sodbi v zadevi Watson Rask in Christensen⁸ je namreč Sodišče to možnost potrdilo. Pozneje sta sodbi v zadevah Schmidt⁹ in Süzen¹⁰ to razlago potrdili. Kot primer uporabe Direk-

- a) ali se poslovna sredstva ne obravnavajo kot prepuščena v lastno gospodarsko uporabo, če jih je naročnik prevzemniku naročila le dal na voljo v uporabo, medtem ko vzdrževanje, vključno z njim povezanimi stroški, nosi naročnik?

8 — Sodba z dne 12. novembra 1992 (C-209/91, Recueil, str. I-5755, točka 17).

9 — Sodba z dne 14. aprila 1994 (C-392/92, Recueil, str. I-1311, točke 12 do 14). Vendar pa je po tej sodbi, ki jo je stroka močno kritizirala, Komisija v predlogu za revizijo Direktive 77/187 predlagala, da je treba razlikovati po eni strani med prenosom subjekta in po drugi med prenosom dejavnosti subjekta, pri čemer slednje ne spada na področje uporabe te direktive. Zaradi nasprotovanja Evropskega parlamenta je Komisija Evropskih skupnosti svoj začetni predlog spremenila in to določbo besedila črtala. Vendar pa sodba z dne 11. marca 1997 v zadevi Süzen (C-13/95, Recueil, str. I-1259) povzema razlikovanje med subjektom in „samo dejavnostjo“.

10 — Zgoraj navedena sodba.

tive 2001/23 ob prehajanju naročil lahko navedemo zadeve Hidalgo in drugi,¹¹ Hernandez Vidal in drugi,¹² Allen in drugi,¹³ Liikenne,¹⁴ Temco¹⁵ in nazadnje že navedeno zadevo Abler in drugi.

eni strani in na prvem mestu varstvo delavcev¹⁸ in po drugi vzpostavitev notranjega trga.¹⁹

12. Čeprav v zvezi s tem obstaja obširna sodna praksa, razprava o pojmu prenos podjetja ni končana, saj generalni pravobranilci Sodišču še naprej predlagajo argumente, s katerimi skušajo ponovno sprožiti vprašanje o široki razlagi tega pojma.¹⁶ Sodna praksa včasih težko jasno razmeji prenos dejavnosti in prenos podjetja.¹⁷ Ta meja namreč zagotavlja ravnovesje med ciljema, ki jima Direktiva 2001/23 sledi, in sicer po

13. Da bi neki subjekt ohranil svojo identiteto po prenosu, mora pred tem obstajati kot samostojen subjekt.²⁰ V nasprotju s tem, kar je družba Kötter zagovarjala na obravnavi, ne dvomim o obstoju gospodarskega subjekta, namenjenega za izvajanje nadzora na letališču Düsseldorf. Za odgovor na vprašanja predložitvenega sodišča je treba najprej ugotoviti, ali so poslovna sredstva, ki jih je dal naročnik na voljo, del prenesenega subjekta, torej je treba presoditi, ali so ta sredstva, dana na voljo družbi Securicor, del te družbe. Način razpolaganja s temi sredstvi bo za to presojo odločilen. Zatem bom obravnaval vprašanje ohranitve identitete subjekta.

11 — Sodba z dne 10. decembra 1998 (C-173/96 in C-247/96, Recueil, str. I-8237).

12 — Sodba z dne 10. decembra 1998 (C-127/96, C-229/96 in C-74/97, Recueil, str. I-8179).

13 — Sodba z dne 2. decembra 1999 (C-234/98, Recueil, str. I-8643).

14 — Sodba z dne 25. januarja 2001 (C-172/99, Recueil, str. I-745).

15 — Sodba z dne 24. januarja 2002 (C-51/00, Recueil, str. I-969).

16 — Na primer, po mnenju generalnega pravobranilca Geelhoeda je treba dejanske okoliščine v prej omenjeni zadevi Abler in drugi razčleniti kot „izgubo naročila z vidika prejšnjega izvajalca storitev in pridobitev takšnega naročila z vidika novega izvajalca“ (točka 54), in ne kot prenos podjetja. Generalni pravobranilec Geelhoed v točki 38 svojih sklepnih predlogov v zvezi s zgoraj omenjeno zadevo Temco poudarja tudi pomembnost gospodarskega vidika in trdi, da „je tržna dinamika lahko motena, če se dopusti preveč lagodnosti v prenosu v smislu Direktive“.

17 — Samo drugo spada na področje uporabe Direktive 2001/23. Prenos dejavnosti je eden od elementov, ki tvorijo prenos podjetja. Poleg tega je pomembno, da se prenese tudi stabilna gospodarska enota, ki podpira dejavnost, preden lahko pride do prenosa podjetja. Glede pojma gospodarska enota glej tudi sklepne predloge generalnega pravobranilca Van Gervena v zgoraj navedeni zadevi Schmidt, točki 13 in 14; P. Pochet, *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit social, 1994, str. 931, in S. O'Leary, *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, str. 259.

18 — Glej nazadnje sodbo z dne 26. maja 2005 v zadevi Celtec (C-478/03, ZOdl., str. I-4389, točki 26 in 27). Glej tudi J. Mertens de Wilmars in H. Nyssens, *Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen, Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, str. 557.

19 — Direktiva 2001/23 v širšem smislu upošteva ekonomske zahteve, kajti v njenem členu 5(1) je predvideno, da se je načelno ne sme uporabljati, kadar je odsvojitelj v stečajnem postopku ali plačilno nesposoben. O ravnovesju med ciljema, ki jima Direktiva sledi, glej J. Kenner, *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, str. 352.

20 — Sodna praksa je ustaljena: glej zgoraj navedeno sodbo Süzen, točka 13, sodbo z dne 19. septembra 1995 v zadevi Rygaard (C-48/94, Recueil, str. I-2745, točka 20); zgoraj navedeno sodbo Liikenne, točka 31, in zgoraj navedeno sodbo Abler in drugi, točka 30.

II – Uvodne ugotovitve glede prenosa poslovnih sredstev z naročnika na izvajalce storitev

14. S prvim vprašanjem želi predložitveno sodišče ugotoviti, ali so poslovna sredstva, ki jih da naročnik na voljo, del prenosljivega gospodarskega subjekta. Ali se lahko upošteva, kot je to storilo nacionalno sodišče, da predhodno omenjena sodba Abler in drugi prinaša odgovor na to vprašanje?

15. Iz sodne prakse nedvomno izhaja, da prenos lastništva ni nujno potreben za prenos opredmetenih sredstev ali nepremičnin. V zadevi Redmond Stichting²¹ na primer je združenje, prejemnik občinske subvencije, Redmond Stichting, pozneje Sigma, vzelo v najem zgradbo od občine. Sodišče je med elemente, ki omogočajo ugotavljanje obstoja prenosa, vključilo dejstvo, da „je bila zgradba, ki jo je v najem dobilo združenje Redmond, dana v najem Signi“.²² Tako dejstvo, da ni bilo prenosa lastništva z enega izvajalca storitev na drugega, ne prepreči prenosa

poslovnih sredstev, če se ugotovi, da so ta sredstva del prenosljivega subjekta.²³

16. Težje je določiti okoliščine, v katerih zagotavljanje poslovnih sredstev na strani naročnika prispeva k vključitvi teh sredstev v prenosljivi subjekt izvajalca storitev. V zvezi s tem sodna praksa ne daje jasnih smernic. Pravzaprav je razdeljena.

17. V primerih, ko si podjetja drug drugemu sledijo pri izvajanju čistilnih dejavnosti, sodba Süzen sicer ne ponudi neposredne odločitve, ampak le ugotovi, da identiteta gospodarskega subjekta vsebuje elemente, kot so v danem primeru „poslovna sredstva“, ki jih da naročnik na voljo.²⁴

18. Zdi se, da je Sodišče po tej sodbi ponovno oklevalo, ko se je izrekalo v zadevi Watson Rask in Christensen.²⁵ Družba Philips je prvič zaupala vodenje menze v svojem podjetju zunanjemu izvajalcu. Družbi ISS Kantineservice je dala brezplačno na voljo prodajne in proizvodne prostore, ki jih je ta družba odobrila, opremo, potrebno za vodenje menze, elektriko, ogrevanje in telefon ter zagotovila splošno vzdrževanje pro-

21 — Sodba z dne 19. maja 1992 (C-29/91, Recueil, str. I-3189).

22 — Točka 26 sodbe. V točki 13 sklepnih predlogov je generalni pravobranilec Van Gerven ocenil, da se je „prenos opredmetenih sredstev prav tako dejansko zgodil v smislu, da je bila zgradba, ki jo je občina Groningen dala v najem Sophie Redmond, dana v najem Signi s 1. januarjem 1991“.

23 — Glej tudi zgoraj navedeno sodbo Abler in drugi, točka 42, in sodbo Sodišča AELE z dne 10. decembra 2004 v zadevi Rasmussen (E-2/04, še neobjavljena).

24 — Zgoraj navedena sodba, točka 15.

25 — Zgoraj navedena sodba.

storov in opreme kot tudi odstranjevanje odpadkov.²⁶ Generalni pravobranilec Van Gerven je v točki 6 svojih sklepnih predlogov ocenil, da bi se te okoliščine morale upoštevati kot dejstvo, da „Philips ni izvršil prenosa svojih premičnin“. Sodišče samo ugotavlja, da se Direktiva 77/187 uporablja v primeru oddajanja storitev zunanjim izvajalcem, pri čemer upošteva, da je naročnikovo ponujanje poslovnih sredstev del „različnih ugodnosti, katerih pogoji so določeni v sklenjenem sporazumu“²⁷ med podjetjema.

19. Zdi se, da predhodno navedena sodba Temco vendarle prinaša odgovor na vprašanje o posledicah, ki jih je treba pripisati naročnikovemu ponujanju poslovnih sredstev. V tem primeru je dal Volkswagen na voljo čistilnim podjetjem, s katerimi je imel pogodbo, sredstva, potrebna za industrijsko čiščenje svojih obratov. Sodišče je sprejelo presojo nacionalnega sodišča, ki je na podlagi te okoliščine sklenilo, da ni prišlo do nikakršnega prenosa poslovnih sredstev z enega izvajalca storitev na drugega.²⁸ Dejansko nič ne preprečuje, da prevzemnik naročila, nato pa njegov naslednik ne bi uporabila poslovnih sredstev, danih na voljo, ne da bi morala biti ta sredstva del prenosljivega subjekta.

20. V nasprotju s tem, kar naj bi bilo določeno v tej sodbi, pa je Sodišče sprejelo drugačen pristop v svoji predhodno navedeni sodbi Abler in drugi, v kateri je priznalo, da je lahko posledica v nekaterih primerih, ko da naročnik na voljo poslovna sredstva, prenos sredstev med izvajalci storitev. V tej zadevi, v kateri si dva izvajalca storitev sledita pri zagotavljanju prehrane v bolnišnici, jima je uprava namreč dala na voljo prostore kot tudi vodo, energijo in nujno potrebno malo ter veliko opremo. Sodišče je ugotovilo, da „je Sodexho prevzel opredmetena sredstva, nujno potrebna za predvideno dejavnost [...]“.²⁹ Ta sklep pa nujno pomeni, kot je nemška vlada ugotovila na obravnavi, da so bila zadevna opredmetena sredstva del prenosljivega subjekta, čeprav je bolnišnica zadržala njihovo lastništvo.³⁰

21. Medtem iz predhodno navedene sodbe Temco izhaja, da posledica dejstva, da je dal naročnik na voljo poslovna sredstva, ni bila vključitev teh sredstev v prenosljivi subjekt, je v sodbi Abler in drugi³¹ sprejet drugačen sklep. Moteče je, da ta razlika ni posledica uporabe merila, ki bi omogočilo razlikovanje

26 — Zgoraj navedena sodba Watson Rask in Christensen, točka 6.

27 — Zgoraj navedena sodba Watson Rask in Christensen, točka 1 izreka sodbe.

28 — Sklepni predlogi v zgoraj navedeni zadevi Temco, točka 25. Ugotavljam, da je Sodišče v tej zadevi odločilo, da je prišlo do prenosa podjetja z enega izvajalca storitev na drugega zato, ker je drugi izvajalec prevzel večino osebja glede na strokovno znanje.

29 — Zgoraj navedena sodba Abler in drugi, točka 36.

30 — Ugotavljam, da je generalni pravobranilec Geelhoed v točki 77 svojih sklepnih predlogov predlagal drugačno rešitev: „[K]er je naročnik lastnik teh proizvodnih sredstev, bo ta sredstva dobil nazaj v uporabo, ko bo pogodba zaključena. Torej v tem primeru ne moremo govoriti o prenosu teh sredstev.“

31 — Ta zaključek bi se lahko razložil, kot da izhaja iz volje Sodišča, da prepreči strankama, da bi izključila uporabo Direktive 77/187 v skladu z določili pogodbe.

teh dveh primerov. Nasprotno, zdi se nam, kot je nemška vlada v svojih ustnih stališčih zagovarjala, da je to razliko v sodni praksi mogoče razlagati kot posledico pomanjkanja učinkovitega merila.

23. Poleg tega pa bi bile lahko gospodarske posledice takšnega posploševanja, kot sta družba Kötter in nemška vlada opozorili na obravnavi, če ne bi bilo podprto s skladnim merilom, izredno obsežne, ker bi bili elementi, ki so predmet konkurence med izvajalci storitev, močno zmanjšani: samodejno priznavanje prenosa podjetja med izvajalci storitev, ki si sledijo, bi povzročilo, da se stroški osebja spremenijo v stalne stroške. Manevrski prostor, ki bi ga imeli na voljo potencialni konkurenti, da bi se razlikovali v okviru konkuriranja pri naročilu storitev, bi se zmanjšal na minimum, ker bi obsegal samo organizacijo osebja po njihovem strokovnem znanju.³⁴

22. Glede teh negotovosti v sodni praksi in v nasprotju s tem, kar trdi družba Securicor, se je treba izogniti posploševanju, ki namiguje na to, da naj bi vsakršno zagotavljanje poslovnih sredstev na strani naročnika pomenilo vključitev teh sredstev v prenosljivi subjekt. Ob tej predpostavki, kot je nemška vlada poudarila na obravnavi, bi bil vsak primer, v katerem bi si izvajalci storitev sledili pri izvajanju naročila, opredeljen kot prenos podjetja pod enim samim pogojem, da jim da naročnik na voljo poslovna sredstva. Preprosta izguba naročila v dobro konkurenta bi se v nasprotju z ustaljeno sodno prakso Sodišča torej lahko izenačila s prenosom podjetja.³² Razmejitve med prenosom podjetja in prenosom dejavnosti bi bila s tem znova zabrisana.³³

24. Ker sodna praksa nima jasnega merila za razlikovanje, predložitveno sodišče ob podpori nemške vlade predlaga, da se uporabi pojem „lastna gospodarska uporaba“, da se ugotovi, ali naj se poslovna sredstva, ki jih da prevzemnik naročila na voljo, pripišejo prevzemniku, ki jih uporablja, ali ne.

32 — Zgoraj navedena sodba Stözen, točka 16: „Preprosta izguba naročila storitve v korist konkurenta sama po sebi ne more pomeniti obstoja prenosa v smislu Direktive. V teh okoliščinah storitveno podjetje, prejšnji izvajalec naročila, če izgubi stranko, s tem ne preneha v celoti obstajati in se ne more upoštevati, da se je eden od njegovih obratov ali delov obratov prenesel na novega prejemnika naročila.“

33 — Glede nevarnosti tega zamenjevanja glej na primer kroniko J. Déprez, RJS, 1995, št. 5, str. 315, ali tudi P. Bailly, *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail*, Droit social, 2004, str. 366.

34 — G. More, *The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility?*, *New Legal Dynamics of European Union*, 1995, str. 129.

III – Merilo lastne gospodarske uporabe

25. Iz sodne prakse sodišča Bundesarbeitsgericht in merila lastne gospodarske uporabe sledi, da postanejo poslovna sredstva, ki jih da naročnik na voljo, sestavni del prenosljivega gospodarskega subjekta, če ima izvajalec možnost prostega upravljanja teh sredstev glede na lasten interes.

26. Po mnenju predložitvenega sodišča in nemške vlade to merilo omogoča razlago stališča, ki ga je Sodišče sprejelo v zadevi Abler in drugi³⁵. Družba Sodexho je dejansko svobodno gospodarsko upravljala kuhinjo, ki ji je bila dana na voljo. Ravnala je v lastnem gospodarskem interesu, kar zadeva tako načrtovanje jedilnikov kot dostavo strankam zunaj bolnišnice. Poleg tega je stroške vzdrževanja prevzel uporabnik poslovnih sredstev. Nasprotno pa nemška vlada trdi, da se v našem primeru oprema za nadzor potnikov, dana na voljo družbi Securicor, ne bi smela upoštevati kot del prenosljivega subjekta, ker družba Securicor ni imela nobene možnosti odločanja o njeni uporabi.

35 — Nemška doktrina je nasprotno prepoznala tveganje protislovnosti med sodbo Abler in drugi ter merilom lastne gospodarske uporabe: Adam, R., *Betriebsübergang – Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des 613a BGB*, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2004, št. 16, str. 909; H. J. Willemssen in G. Annuss, *Auftragsnachfolge – jetzt doch ein Betriebsübergang?*, *Der Betrieb*, 2004, št. 3, str. 134.

27. Pred presojanjem pomembnosti merila, ki ga je predlagalo predložitveno sodišče, se je treba sklicevati na besedilo člena 1(1)(b) Direktive 2001/23, ki opredeljuje gospodarsko enoto kot „organizirano celoto virov, katere cilj je opravljanje gospodarske dejavnosti, ne glede na to, ali je ta dejavnost glavna ali stranska“. Nič v besedilu tega člena ni, kar bi predpisovalo ali nasprotovalo določitvi merila, s katerim bi bilo mogoče opredeliti primere, v katerih razpolaganje s poslovnimi sredstvi dejansko pomeni „prenos“ teh sredstev z naročnika na prevzemnika.

28. Vendar pa se mi zdi zaradi razlogov, navedenih v nadaljevanju, da merilo lastne gospodarske uporabe, kot ga predlaga predložitveno sodišče, ni uporabno.

29. Prvič, merilo, ki ga predlaga predložitveno sodišče, nima nikakršne podlage v zakonodaji. Razlikovanje, vzpostavljeno med primerom, v katerem obstaja lastna gospodarska uporaba, in drugim primerom, ko takšne uporabe ni, dejansko ni bilo zasnovano niti z namenom varstva delavcev niti vzpostavitve notranjega trga. Glede te razlike v obravnavi ni bila predložena nobena utemeljitev. Dejstvo, da se merilo ne navezuje na enega od ciljev, ki jim sledi Direktiva 2001/23, spodbija verodostojnost predlaganega merila.

30. Drugič, merila lastne gospodarske uporabe vendarle ne moremo preprosto zavriniti samo zato, ker v nekaterih primerih vpliva na zoženje področja uporabe Direktive 2001/23. Čeprav je nesporno, da si omenjena direktiva v glavnem prizadeva za zaščito delavcev, pa si prav tako prizadeva za vzpostavitev notranjega trga, o čemer priča dejstvo, da je bila sprejeta na podlagi člena 94 ES. Torej ni mogoče trditi, kot izjavljata Komisija in družba Securicor, da naj bi bila ogrožena duh ali polni učinek Direktive 2001/23 preprosto zato, ker Direktive ni mogoče uporabljati v vseh primerih, v katerih si izvajalci storitev drug drugemu sledijo, ampak le v primerih, ki vključujejo prenos podjetja.³⁶

31. Tretjič, čeprav je nesporno, da je družba Securicor manj prilagodljiva pri uporabi opreme za nadzor, kot je podjetje, ki vodi menzo, pri uporabi kuhinje, pa to ne pomeni, da bi prišlo do prenosa poslovnih sredstev samo v drugem primeru. Kot je Komisija na obravnavi ugotovila, je razlika med primeroma samo vprašanje mere: obe podjetji ohranita določeno prilagodljivost v načinu

organiziranja svoje dejavnosti s pomočjo poslovnih sredstev, ki so jima na voljo.³⁷

32. Poleg tega lahko merilo lastne gospodarske uporabe sproži dvomne razprave, katerih izid bodo podjetja težko predvidela, na škodo svoje pravne varnosti. V zvezi s tem zadošča napotitev na sodbo, ki jo je izdalo Bundesarbeitsgericht 25. maja 2000 in je priložena pripombam nemške vlade, da bi ugotovili, da to merilo dejansko zahteva podrobno analizo samostojnosti, ki jo pogodba o naročilu storitve podeli podjetju, zadolženemu za izvršitev te storitve. Ker pa mora imeti vsak izvajalec storitev delno gospodarsko samostojnost nasproti naročniku, to merilo ne omogoča določitve primerov, v katerih pride do prenosa poslovnih sredstev.

33. Nazadnje, delim mnenje Komisije, ki ocenjuje, da bi merilo lastne gospodarske uporabe dalo prevelik pomen pogodbenim določbam med naročnikom in izvajalcem storitev. Če bi vsebina sklenjene pogodbe postala odločilna za ugotavljanje prenosa podjetja, bi se pogodbene stranke zaradi tega

³⁶ — To razlikovanje ustreza zgoraj navedenemu razlikovanju med prenosom dejavnosti in prenosom podjetja.

³⁷ — Glej tudi zgoraj navedeno sodbo Hidalgo in drugi, točka 27: „Na prisotnost dovolj strukturiranega in samostojnega subjekta znotraj podjetja-izvajalca naročila načelno ne vpliva sicer pogosta okoliščina, da je to podjetje dolžno spoštovati natančno določene obveznosti, ki mu jih naloži naročnik storitve. Čeprav je lahko vpliv, ki ga ima naročnik na storitev, ki jo izvajalec opravlja, zelo velik, pa izvajalec običajno vseeno ohrani določeno svobodo, čeprav manjšo, pri organiziranju in izvrševanju zadevne storitve, pri čemer se njegova naloga ne sme razlagati le kot preprosto nudenje osebjia naročniku.“

znašle v položaju, v katerem bi se lahko izognile uporabi Direktive 2001/23. Upoštevanje pogodbenih določb med naročnikom in izvajalcem, izbranim za izvršitev naročila, pa mora biti vključeno v objektivno presojo različnih okoliščin tega primera.³⁸

34. Končno, prenos poslovnih sredstev med izvajalcema storitev ne more *samodejno* izhajati iz pogodbene določbe, ki predvideva, da naročnik da na voljo poslovna sredstva. Sicer bi prišlo do zamenjevanja vodenja dejavnosti z vodenjem podjetja.³⁹ Dejansko bi bila posledica dejstva, da je dal naročnik na voljo poslovna sredstva, prenos podjetja med izvajalci storitev.

35. Glede na te premisleke se nam zdi, da je merilo lastne gospodarske uporabe neuporabno, saj po eni strani onemogoča prepoznati primere, v katerih so poslovna sredstva, čeprav jih je dal na voljo naročnik, dejansko del ločene gospodarske enote in, po drugi, ker zanj ni zakonske podlage.

36. Komisija in družba Securicor na podlagi njune razlage predhodno navedene zadeve Abler in drugi predlagata, naj bo odločilna ugotovitev, ali so poslovna sredstva, dana na voljo, nujno potrebna za izvajanje zadevne storitve. Vendar pa to alternativno merilo zanemari pomanjkanje izbire, prepuščene prevzemniku naročila, ki po pridobitvi naročila postane zavezan pogojem, predvidenim v pogodbi, sklenjeni z naročnikom. Poleg tega se zdi logično, da bo dal naročnik na voljo izvajalcu storitev samo tista poslovna sredstva, ki so potrebna za izvajanje naročila, ki mu je zaupano.

37. Poleg tega, čeprav je Sodišče v predhodno navedeni sodbi Abler in drugi navedlo, da so bila poslovna sredstva, dana na voljo prevzemniku naročila, kot na primer razna kuhinjska oprema, nujno potrebna za izvajanje zadevnega naročila, to je zagotavljanje obrokov, ni ničesar v tej sodbi, kar bi navajalo, da je bila ta značilnost odločilnega pomena. Nazadnje, to merilo ne bi moglo razrešiti nasprotja, ugotovljenega med predhodno navedenima zadevama Abler in drugi ter Temco, kajti poslovna sredstva, ki jih je naročnik dal na voljo v zadnjenavedeni zadevi, so bila prav tako nujno potrebna za izvajanje storitev.

38. Čeprav se nam ne zdita niti merilo, ki ga je predlagalo predložitveno sodišče, niti merilo, ki sta ga zagovarjala Komisija in

38 — Sodba z dne 18. marca 1986 v zadevi Spijkers (24/85, Recueil, str. 1119, točka 13).

39 — To je nevarnost, ki jo vsebuje zgoraj navedena sodba Abler in drugi, in sicer, da jo je mogoče razumeti v smislu, da utemeljuje prenos podjetja izključno na podlagi okoliščine, da je naročnik dal poslovna sredstva na voljo izvajalcu storitve. Vendar pa ni izključeno, da se lahko sredstva, ki so dana na voljo, prenesejo z enega izvajalca storitve na drugega, da se prepreči, da bi se pogodbene stranke pri svojem delovanju izognile uporabi Direktive 2001/23.

Securicor, prepričljiva zaradi zgoraj navedenih razlogov, je še vedno treba ugotoviti, ali mora zagotavljanje poslovnih sredstev na strani naročnika vplivati na opredelitev prenosa podjetja med izvajalci storitev.

39. Ob predpostavki, da so med naročnikom in izvajalci storitev, ki sledijo drug drugemu, sklenjene enake pogodbe za storitev, je izredno težko opredeliti prenosljiv gospodarski subjekt, ker so številni elementi tega subjekta določeni v pogodbi. Tako je v naravi sporazuma, sklenjenega v okviru naročila, da ostanejo stranke izvajalca storitev iste. Prav tako so poslovna sredstva, ki se dajo na voljo, s stališča izvajalcev storitev, ki si drug drugemu sledijo, stalnica v enačbi, ki jo morajo razrešiti, da bi lahko predložili ponudbo, enako kot sta na primer lokacija ali stvarni načrt letališča Düsseldorf v primeru družb Securicor in Kötter. Dejansko vsi izvajalci storitev, ki si drug drugemu sledijo, uporabljajo ista poslovna sredstva, ki jih je dal naročnik na voljo in o njih ne morejo prosto odločati. Z drugimi besedami, poslovna sredstva, dana na voljo, so zunaj nadzora izvajalcev storitev, ki si drug drugemu sledijo, in jih zato ni mogoče obravnavati kot del prenosljivega organizacijskega subjekta.

40. Zato bi bilo treba pri ugotavljanju, ali je šlo v tem primeru za prenos podjetja v skladu

z merili, opredeljenimi v sodbi Spijkers,⁴⁰ presojo osredotočiti na tiste elemente gospodarske enote, ki jih ima izvajalec storitve v lasti. Samo tako se da ugotoviti, ali se prenos nanaša na samostojni gospodarski subjekt v skladu z besedilom in ciljem člena 1 Direktive 2001/23. Če se ta opira izključno na vprašanje lastne gospodarske uporabe, je treba na prvo vprašanje, ki ga je postavilo nacionalno sodišče, odgovoriti nikalno. Posledično je tudi odgovor na drugo vprašanje nikalen.

41. V odprtih zadevah na sodišču Arbeitsgericht Düsseldorf je treba – glede na to, da je Zvezna republika Nemčija priskrbelo poslovna sredstva, potrebna za opravljanje nadzora, zaupanega družbi Securicor, potem pa družbi Kötter – ugotavljati obstoj prenosa podjetja med tema izvajalcema na podlagi drugih elementov, in ne teh razpoložljivih poslovnih sredstev.

42. Kot je pripomnila nemška vlada v svojih pisnih stališčih, se vprašanja nacionalnega sodišča nanašajo samo na enega od elementov, pomembnih za presojo prenosa. Iz predlaganega odgovora namreč izhaja, da ta

40 – Zgoraj navedena sodba, točka 13: „Treba je upoštevati vse dejanske okoliščine, ki označujejo zadevni posel, med katerimi je zlasti vrsta zadevnega podjetja ali obrata, odgovor na vprašanje, ali je bil opravljen prenos opredmetenih sredstev, kot so nepremičnine in premičnine, vrednost neopredmetenih sredstev ob prenosu, ali je novi delodajalec prevzel večino zaposlenih, ali je bil opravljen morebitni prenos strank ter stopnja podobnosti dejavnosti, ki se opravljajo pred prenosom in po njem, in morebitno obdobje, v katerem so bile te dejavnosti začasno ustavljene.“

element – prenos razpoložljivih poslovnih sredstev – ne more biti odločilen. Na podlagi podatkov iz dokumentacije in zato, da bi predložitveno sodišče dobilo koristen odgovor za razrešitev te zadeve, je torej treba predvideti posledice predlagane analize za ta primer.

IV – Posledice predlagane analize za ta primer

43. Pred začetkom preučitve okoliščin te zadeve se je treba spomniti pogojev, v katerih se lahko opravi prenos podjetja brez prenosa poslovnih sredstev.

44. V predhodno navedeni zadevi Redmond Stichting se je eno od predloženih vprašanj nanašalo na posledice neobstoja prenosa premičnin. Sodišče je ugotovilo, da ta neobtoj „sam po sebi ni tak, da bi preprečil uporabo Direktive“, pri čemer je prepustil nacionalnemu sodišču, da vključi ta element v svojo splošno presojo.

45. Vendar pa je Sodišče v predhodno navedeni zadevi Liikenne, potem ko je ugotovilo, da ni bilo prenosa poslovnih sredstev med dvema avtobusnima podjetjema, izključilo uporabo Direktive 2001/23,

čeprav je bil del osebja prenesen z enega podjetja na drugega.

46. Te očitno nasprotujoče si odločitve pričajo o pomenu predhodne opredelitve vrste dejavnosti, vključene v morebiten prenos. Dejansko so elementi, ki so pomembni pri ugotavljanju, ali je šlo za prenos podjetja, odvisni od vrste dejavnosti, ki jo gospodarski subjekt opravlja.⁴¹

47. To merilo je Sodišče uvedlo v zvezi z dejavnostmi, ki se v glavnem opirajo na delovno silo in njeno strokovno znanje, in to je privedlo Sodišče do ugotovitve, da „skupina delavcev, trajno vključenih v skupno dejavnost, lahko ustreza gospodarskemu subjektu“.⁴² Iz tega izhaja, da je za dejavnost te vrste „treba priznati, da takšen subjekt lahko ohrani svojo identiteto tudi po prenosu, kadar novi direktor podjetja ne le nadaljuje z zadevno dejavnostjo, ampak prevzame tudi večino osebja, tako po številu kot strokovnem znanju, ki ga je njegov predhodnik dodelil za to nalogo“.⁴³

41 — Zgoraj navedene sodbe Süzen, točka 18, Hernandez Vidal in drugi, točka 31, Hidalgo in drugi, točka 31, Liikenne, točka 35, Abler in drugi, točka 35.

42 — Zgoraj navedena sodba Süzen, točka 21. Namen tovrstnega razlikovanja, ki ga uvaja Sodišče, je preprečiti, da bi bila zagotovljena manjša zaščita za delavce, ki so zaposleni v sektorju, v katerem je delovna sila bistveni element.

43 — Isto.

48. Nasprotno, če zadevna dejavnost ne temelji predvsem na delovni sili in njenem strokovnem znanju, je obstoj prenosa podjetja načelno odvisen od ugotovitve, ali je prišlo do prenosa poslovnih sredstev med podjetji.⁴⁴

49. Iz te sodne prakse izhaja, da če želimo ugotoviti, ali je prišlo do prenosa podjetja, je treba najprej opredeliti vrsto zadevne dejavnosti. Varovanje sanitarnega skladišča Bundeswehr (zvezna armada) je bilo opredeljeno kot dejavnost, ki temelji predvsem na delovni sili in njenem strokovnem znanju.⁴⁵ V tem primeru, kakor ugotavlja družba Securicor v svojih pisnih stališčih, dejavnost nadzora letališča – v nasprotju s preprosto dejavnostjo varovanja – zahteva posebno in zelo zahtevno opremo za nadzor. Vendar pa se v nasprotju s tem, kar predlaga družba Securicor, obveznost doseganja posebnih rezultatov, ki je naložena podjetju, zadolženem za nadzor varnosti na letališču, ne zdi pomembna pri razlikovanju zadevne dejavnosti od dejavnosti varovanja, kajti ne vpliva na organizacijo zadevnega gospodarskega subjekta.

⁴⁴ — Za primer je Sodišče navedlo, da „se prevoz z avtobusom ne more šteti za dejavnost, ki temelji predvsem na delovni sili, ker zahteva precejšnjo opremo in naprave“ (zgoraj navedena sodba Liikenne, točka 39). Zato „ima neobstoj prenosa pomembnejšega dela sredstev s prvotnega izvajalca naročila na novega, ki so nujno potrebna za dobro delovanje subjekta, nujno za posledico dejstva, da ta subjekt ne ohrani svoje identitete“ (zgoraj navedena sodba Liikenne, točka 42). Tako ni bilo prenosa podjetja med obema avtobusnima podjetjema, ker drugo podjetje ni prevzelo vozil prvega.

⁴⁵ — Zgoraj navedena sodba Hidalgo in drugi, točka 26.

50. Čeprav analiza ustreznega pomena, ki ga je treba dati različnim merilom za ugotavljanje obstoja prenosa v smislu Direktive 2001/23, konec koncev pripada predložitvenemu sodišču, se zdi, da izhaja iz predmetne dokumentacije, da gospodarski subjekt, katerega dejavnost je nadzor prtljage in potnikov na letališču, sestavljajo posebna poslovna sredstva, ki jih je dal naročnik na voljo, in usposobljeno osebje.

51. Ker da naročnik v vsakem primeru na voljo posebno opremo za nadzor izvajalcem storitev, ki si drug drugemu sledijo, je treba preveriti, ali prevzem osebja med družbama Securicor in Kötter zajema večino osebja, tako po številu kot strokovnem znanju, dodeljenega za izvajanje naročila.⁴⁶

52. Na prvi pogled se zdi paradoksalno pogojevati odločitev o prenosu podjetja s prevzemom osebja in njegovega strokovnega znanja z enega delodajalca na drugega, kadar je to načelno posledica, ki izhaja iz ugotov-

⁴⁶ — To merilo je vzpostavljeno v zgoraj navedeni sodbi Süzen in prevzeto v zgoraj navedeni sodbi Temco, točka 33.

vitve, da je prišlo do prenosa podjetja.⁴⁷ Vendar pa je to merilo vključeno v celotno presojo okoliščin. Pomembno postane šele takrat, ko ni prenosa poslovnih sredstev in ko je treba prepoznati druge elemente, ki lahko sestavljajo prenosljiv subjekt. Poleg tega se ne navezuje strogo na prenos osebja kot takšnega, ampak bolj na prenos posebnih strokovnih znanj tega osebja, za katera velja, da sestavljajo organizirano enoto. Cilj je strankam v prenosu preprečiti, da bi izključile uporabo Direktive 2001/23.

53. Poleg tega, če je učinek ugotovljenega prenosa v smislu člena 1 Direktive 2001/23 ta, da je delodajalec prenesenega subjekta dolžan ohraniti pogodbe o zaposlitvi,⁴⁸ pa vendar ni ničesar, kar bi mu preprečilo, da izvede reorganizacijo, ki vključuje morebitne odpuste, če ti niso neposredno povezani s prenosom podjetja.⁴⁹

47 — Glej, na primer, točko 80 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Cosmasa v zgoraj navedeni zadevi *Hernandez Vidal* in drugi. Doktrina pokaže tudi na paradoks: Davies, *Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again* 1997, 26 ILJ 193; C. Engels in L. Salas, *Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?*, *Labour Law and industrial relations at the turn of the century*, 1998, str. 275, in A. Garde, *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 CMLRev., 2002, str. 523. J. Gomes v svojem komentarju prej navedene zadeve *Abler* in drugi *Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, str. 213, predstavi prepričljiv protiarargument tovrstnega utemeljevanja. Poudarja, da morajo imeti podjetja, udeležena v poslu, moč odločanja o tem, na katera sredstva se njihov posel nanaša.

48 — Člen 3 Direktive 2001/23.

49 — Člen 4 Direktive 2001/23. Glej tudi J. Hunt, *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, str. 336.

54. Nazadnje, trditev Zvezne republike Nemčije, da bi ohranjanje pogodb povzročilo v Nemčiji posebne posledice zaradi toge delovne zakonodaje, je nepomembna. Iz ustaljene sodne prakse namreč izhaja, da se država članica ne more sklicevati na svoje nacionalno pravo zato, da bi se izognila uporabi direktive Skupnosti.

55. Ni sporno, da je družba Kötter prevzela 167 od 295 uslužbencev, pred tem zaposlenih pri družbi Securicor, ki so bili dodeljeni za dejavnost nadzora potnikov in prtljage na letališču Düsseldorf za račun Zvezne republike Nemčije. Ti uslužbenci so končali posebno izobraževanje, s katerim so se usposobili za izvajanje nadzornih nalog, ki so jim bile zaupane.

56. Tako ni mogoče izključiti dejstva, da je Kötter prevzel večino osebja svojega predhodnika glede na strokovno znanje. Glede na dane okoliščine in pod pogojem, da je nacionalno sodišče preučilo vse pomembne okoliščine, se zdi, da obstaja več elementov, na podlagi katerih se da sklepati, da je prišlo do prenosa podjetja v smislu Direktive 2001/23 z družbe Securicor na družbo Kötter.

V – Predlog

57. Zato predlagam Sodišču, naj na vprašanji, ki ju je postavilo Arbeitsgericht Düsseldorf, odgovori tako:

V primeru nove dodelitve naročila brez prenosa poslovnih sredstev z enega izvajalca storitev na drugega, kadar da naročnik na voljo poslovna sredstva, potrebna za izvajanje naročila prevzemnikom, ki si drug drugemu sledijo, obstoj prenosa podjetja z enega izvajalca storitev na drugega v smislu člena 1 Direktive Sveta 2001/23 z dne 12. marca 2001 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov, ni pogojen s tem, da se ta sredstva prenesejo na izvajalca za njegovo lastno gospodarsko uporabo, ampak ga je treba presojati na podlagi drugih elementov – in ne teh sredstev, danih na voljo –, ki jih je mogoče neposredno pripisati izvajalcu storitev, kot je na primer prenos večine osebja glede na njegovo strokovno znanje.