

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 16 juni 2005¹

1. I förevarande mål ankommer det på domstolen att på nytt precisera innebörden av begreppet övergång* i den mening som avses i artikel 1 i rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid [övergång] av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter² (EGT L 82, s. 16). Arbeitsgericht Düsseldorf, Tyskland, har genom två skilda begäran om förhandsavgörande av den 5 maj 2004 ställt frågor till domstolen gällande tillämpningen av detta direktiv när en entreprenör övertar ett serviceuppdrag avseende passagerarkontroll på Düsseldorfs flygplats. Den hänskjutande domstolen har i synnerhet begärt att domstolen skall fastställa konsekvenserna av att en uppdragsgivare³ ställer viss utrustning till uppdragstagarnas förfogande. *[I överensstämmelse med andra språkversioner av direktivet används i stället för uttrycket

överlåtelse nedan genomgående uttrycket övergång. Övers. anm].

I — Bakgrund, tillämpliga bestämmelser och tolkningsfrågorna

2. På grundval av ett avtal som ingicks den 24 mars/5 april 2000 med Förbundsrepubliken Tyskland skötte Aviation Defence International Germany Ltd kontrollen av flygpasagerarna och deras bagage vid Düsseldorfs flygplats. Securicor Aviation (Tyskland) Ltd (nedan kallat Securicor) övertog utförandet av detta uppdrag. Genom skrivelse av den 5 juni 2003 meddelades Securicor att kontrolluppdraget inte skulle komma att förlängas efter den 31 december 2003, eftersom uppdraget för driften av flygsäkerheten på flygplatsen efter upphandling hade tilldelats bolaget Kötter Aviation Security GmbH &

1 — Originalspråk: portugisiska.

2 — Genom detta direktiv kodifieras ändringarna i rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter (EGT L 61, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 91), som införts genom rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998 (EGT L 201, s. 88).

3 — Nedan används termerna "beställaren" och "uppdragsgivaren" i samma betydelse.

Co. KG (nedan kallat Kötter). Detta bolag inledde verksamheten den 1 januari 2004.

5. Följaktligen skall de anställda som av uppdragstagaren tilldelas dessa uppgifter gå en särskild fyra veckor lång utbildning och avlägga prov som flygsäkerhetsassistenter för att av behörig myndighet erhålla tillstånd att utöva kontrollverksamhet.

3. Enligt avtalets villkor, vilka inte har ändrats sedan bytet av uppdragstagare, ställer Förbundsrepubliken Tyskland till uppdragstagarens förfogande den utrustning som behövs för att kontrollera flygsäkerheten och åtar sig underhållet av denna. Med denna utrustning avses metallbågar, ett bagageband med automatisk röntgen (utrustning för undersökning av bagage och genomlysningsskärmar), handdetektorer samt utrustning för spårning av sprängmedel.

4. I avtalet föreskrivs även att uppdragstagaren skall iaktta bestämmelserna i artikel 29 c § första stycket i luftfartslagen (Luftverkehrsgesetz), enligt vilken "[d]et åligger luftfartsmyndigheten att garantera skydd mot angrepp mot flygsäkerheten, särskilt mot flygkapningar och sabotagehandlingar. Luftfartsmyndighetens lokala behörighet omfattar i detta avseende flygplatsområdet. Luftfartsmyndigheten kan, i den mån det för utförandet av dessa uppgifter krävs att personer visiteras och föremål genomlysas, genomlysas eller på annat sätt undersöks, använda sig av kvalificerade personer i form av extraanställd personal som arbetar under dess tillsyn."⁴

6. Nurten Güney-Görres och Gül Demir var sedan den 26 april 2000 respektive den 7 maj 2001 anställda som säkerhetsansvariga och därmed skyldiga att uppfylla uppgifterna i artikel 29 c § i luftfartslagen. Genom skrivelse av den 26 november 2003 sade Securicor upp deras anställningsavtal med verkan från den 31 december 2003. Arbetslagarna reagerade genom att väcka talan vid Arbeitsgericht Düsseldorf, genom skrivelser som inkom till denna domstol den 18 december 2003, och yrkade att deras anställningsavtal skulle fortsätta gälla med den nya uppdragstagaren som part, eftersom en övergång av verksamhet hade skett.

7. Begreppet [övergång*] av företag definieras i artikel 1.1 i direktiv 2001/23 enligt följande. *[I överensstämmelse med andra språkversioner av direktivet används i stället för uttrycket överlåtelse nedan genomgående uttrycket övergång. Övers. anm]:

⁴ — Denna lag är återgiven i den version som kungjordes den 27 mars 1999 (BGBl. 1999 I, s. 550) senast ändrad genom lag av den 6 april 2004 (BGBl. 2004 I, s. 550).

"a) Detta direktiv skall tillämpas vid [övergång] av ett företag, en verksamhet eller

en del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig [övergång] eller fusion.

- b) Med förbehåll för vad som sägs under a och i nedan följande bestämmelser i denna artikel, skall med [övergång] enligt detta direktiv förstås [övergång] av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet.”⁵

8. Denna bestämmelse har införlivats i tysk lag genom artikel 613a § i Bürgerliches Gesetzbuch. I första stycket i denna bestämmelse föreskrivs bland annat att "[o]m en verksamhet eller en del av en verksamhet genom avtal övertas av en annan ägare inträder denna i rollen som arbetsgivare och övertar alla rättigheter och skyldigheter som förelåg vid tidpunkten för övergången."

9. Arbeitsgericht Düsseldorf ansåg att det var av betydelse för om det var fråga om övergång av ett företag huruvida det skett en

överföring av arbetsredskap, det vill säga den utrustning som används vid kontroll av flygsäkerheten, från Securicor till Kötter. Det är i detta hänseende fastställt att Kötter använder samma arbetsredskap som Securicor, vilka har ställts till dess förfogande av uppdragsgivaren. Den tyska domstolen undrar huruvida detta förhållande i sig är tillräckligt för att utgöra grund för en övergång av verksamhet i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 2001/23, såsom domstolen tolkat det i sin dom i målet Abler m.fl.⁶ I detta mål ansåg domstolen att den omständighet att tillgångarna i verksamheten har övertagits av den som har övertagit verksamheten bör beaktas när det skall avgöras huruvida en övergång av företag mellan efter varandra följande entreprenörer föreligger. Den tyska domstolen grundar även sina tvivel på tolkningen av begreppet övergång i Bundesarbeitsgerichts rättspraxis, enligt vilken en övergång av verksamhet vid ett skifte av uppdragstagare förutsätter att utrustningen överlämnats till uppdragstagaren för att användas i en verksamhet som bedrivs under "eget ekonomiskt ansvar".⁷ Följaktligen har Arbeitsgericht Düsseldorf genom två skilda beslut av den 3 maj 2004, vilka domstolens ordförande har förenat genom ett beslut av den 9 juli 2004 med anledning av likheten mellan de hänskjutna frågorna, hänskjutit följande frågor till domstolen:

- "1. Är det, vid en helhetsbedömning av huruvida det föreligger en övergång av verksamheten enligt artikel 1 i direktiv

6 — Dom av den 20 november 2003 i mål C-340/01, Abler m.fl. (REG 2003, s. I-14023).

7 — Bundesarbeitsgerichts, åttonde avdelningen, dom av den 11 december 1997 (8 AZR 426/94, BAGE 87, 296), beslut av den 11 januari 1998 (8 ABR 83/96), ännu ej publicerat, och dom av den 25 maj 2000 (8 AZR 337/99), ännu ej publicerad, återgivna i bilaga till den tyska regeringens yttrande.

5 — Denna definition har inte ändrats i förhållande till dess lydelse i direktiv 98/50.

2001/23/EG — oberoende av frågan om äganderätten — för det fall ett uppdrag lämnats till en ny uppdragstagare, en förutsättning för att det skall kunna fastställas att tillgångar i verksamheten har övergått från den tidigare uppdragstagaren till den nya uppdragstagaren att dessa tillgångar har överlämnats till den rättmätige innehavaren och denne använder dem under eget ekonomiskt ansvar? Är det för att man skall anse att en övergång skett nödvändigt att uppdragstagaren har rätt att bestämma hur utrustningen skall användas i en verksamhet som bedrivs under eget ekonomiskt ansvar? Skall man skilja mellan huruvida uppdragsgivarens utrustning utgör "föremålet" eller "medlet" för uppdragstagarens verksamhet?

2. Om EG-domstolen besvarar den första frågan jakande:

- a) Är det i så fall otänkbart att anse att utrustningen används i en verksamhet som bedrivs under eget ekonomiskt ansvar om uppdragsgivaren endast ställer denna till uppdragstagarens förfogande medan uppdragsgivaren står för underhållet och de därmed sammanhängande kostnaderna?

- b) Använder uppdragstagaren utrustningen i en verksamhet som bedrivs under eget ekonomiskt ansvar om uppdragstagaren, för att utföra kontrollen av flygpassagerare på flygplatser, använder de metallbågar, handdetektorer och genomlysningsapparater som ställts till förfogande av uppdragsgivaren?

10. De av den tyska domstolen hänskjutna frågorna syftar båda till att fastställa de omständigheter under vilka det kan anses att en övergång av utrustning har skett när denna utrustning har ställts till de efter varandra följande uppdragstagarnas förfogande av uppdragsgivaren.

11. Det bör först understrykas att det inte råder några tvivel beträffande tillämpligheten av direktiv 2001/23 vid upphandling av tjänster. Domstolen angav nämligen i sin dom i målet Watson Rask och Christensen⁸ att en sådan tillämpning var möjlig. I de senare domarna i målen Schmidt⁹ och Süzen¹⁰ bekräftade domstolen denna tolk-

8 — Dom av den 12 november 1992 i mål C-209/91 (REG 1992, s. I-5755), punkt 17.

9 — Domstolens dom av den 14 april 1994 i mål C-392/92 (REG 1994, s. I-1311), punkterna 12–14. Kommissionen föreslog emellertid, efter denna dom som kritiserades hårt i doktrinen, i ett förslag till ändring av direktiv 77/187 en åtskillnad mellan å ena sidan övergång av ett företag och å andra sidan övergång av endast ett företags verksamhet, såtillvida att den senare inte skulle omfattas av direktivets tillämpningsområde. Till följd av Europaparlamentets invändningar ändrade kommissionen sitt ursprungliga förslag och tog bort denna klausul i texten. Domstolen återupptog emellertid i sin dom av den 11 mars 1997 i mål C-13/95, Süzen (REG 1997, s. I-1259), särskiljandet mellan en enhet och en "ren verksamhet".

10 — Domen i det ovannämnda målet.

ning. Som exempel på tillämpning av direktiv 2001/23 vid byte av uppdragstagare kan nämnas domarna i målen *Hidalgo m.fl.*¹¹, *Hernandez Vidal m.fl.*¹², *Allen m.fl.*¹³, *Liikenne*¹⁴, *Temco*¹⁵ och slutligen det ovan nämnda målet *Adler m.fl.*

huvudsakliga syftet att säkerställa skydd för arbetstagare,¹⁸ dels genomförandet av en gemensam marknad.¹⁹

12. Trots en vidlyftig rättspraxis på området är diskussionen beträffande begreppet övergång av företag inte slutförd, eftersom generaladvokaterna fortsätter att framföra argument till domstolen för att ifrågasätta dess extensiva tolkning av detta begrepp.¹⁶ Det har ibland i rättspraxis visat sig svårt att finna en tydlig avgränsning mellan övergång av verksamhet och övergång av företag.¹⁷ Denna gräns är emellertid en garant för en balans mellan de två ändamål som eftersträvas med direktiv 2001/23, nämligen dels det

13. För att en enhet skall kunna behålla sin identitet efter en övergång måste den redan innan ha existerat i egenskap av en självständig enhet.²⁰ I motsats till vad Kötter har gjort gällande vid förhandlingen, tvivlar jag inte på att en ekonomisk enhet avsedd att genomföra kontrollverksamhet på Düsseldorf flygplats existerar. För att kunna besvara den hänskjutande domstolens frågor bör det dock i första hand fastställas huruvida den utrustning som beställaren ställt till förfogande utgör en del av den överlåtna enheten. Det vill säga det bör undersökas huruvida den utrustning som ställts till Securicors förfogande kan tillskrivas detta bolag. Sättet på vilket tillgångarna ställts till förfogande är avgörande för denna bedömning. I nästa skede av bedömningen skall frågan om bibehållandet av enhetens identitet undersökas.

11 — Domstolens dom av den 10 december 1998 i de förenade målen C-173/96 och C-247/96, *Hidalgo m.fl.* (REG 1998, s. I-8237).

12 — Domstolens dom av den 10 december 1998 i de förenade målen C-127/96, C-229/96 och C-74/97, *Hernandez Vidal m.fl.* (REG 1998, s. I-8179).

13 — Domstolens dom av den 2 december 1999 i mål C-234/98, *Allen m.fl.* (REG 1999, s. I-8643).

14 — Domstolens dom av den 25 januari 2001 i mål C-172/99, *Liikenne* (REG 2001, s. I-745).

15 — Domstolens dom av den 24 januari 2002 i mål C-51/00, *Temco* (REG 2002 s. I-969).

16 — Enligt generaladvokaten Geelhoed skall exempelvis de faktueella omständigheterna i det ovannämnda målet *Abler m.fl.* tolkas så, att "den tidigare uppdragstagaren har förlorat ett kontrakt till förmån för den nya uppdragstagaren" (punkt 54) och inte som en övergång av företag. Generaladvokaten Geelhoed betonade i punkt 38 i sitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Temco* även vikten av det ekonomiska sammanhanget och hävdade att "marknadens dynamiska karaktär skulle riskera att störas om begreppet övergång i direktivets mening tolkades alltför flexibel".

17 — Endast den senare omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 2001/23. En övergång av verksamhet är en av de omständigheter som utgör grund för en övergång av företag. Det är för övrigt av betydelse att även en stabil ekonomisk enhet som stöder verksamheten överförs för att en övergång av företag skall anses äga rum. Angående begreppet ekonomisk enhet, se bland annat generaladvokaten Van Gervens förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Schmidt*, punkterna 13 och 14, Pochet, P., *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, *Droit social*, 1994, s. 931, och O'Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, s. 259.

18 — Se senast domstolens dom av den 26 maj 2005 i mål C-478/03, *Celtec* (REG 2005, s. I-0000), punkterna 26 och 27. Se även Mertens de Wilmars, J. och Nyssens, H., "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*.

19 — Det tas i direktiv 2001/23 mer allmänt hänsyn till ekonomiska krav. Det föreskrivs nämligen i artikel 5.1 att direktivet i princip inte skall tillämpas om överlåtarens är föremål för konkursförfarande eller något motsvarande insolvensförfarande. Beträffande balansen mellan de två ändamålen med direktivet, se Kenner, J., *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, s. 352.

20 — Fast rättspraxis råder på denna punkt. Se domen i det ovan i fotnot 9 nämnda målet *Süzen*, punkt 13, dom av den 19 september 1995 i mål C-48/94, *Rygaard* (REG 1995, s. I-2745), punkt 20, domen i det ovan i fotnot 14 nämnda målet *Liikenne*, punkt 31, och domen i det ovan i fotnot 6 nämnda målet *Abler m.fl.*, punkt 30.

II — Inledande anmärkningar angående övergång av utrustning från beställaren till entreprenörerna

konstateras att tillgångarna i fråga utgör en del av den överförbara enheten.²³

14. Den hänskjutande domstolens första fråga syftar till att fastställa huruvida utrustning som uppdragsgivaren ställer till förfogande utgör en del av den överförbara ekonomiska enheten. Skall, såsom den nationella domstolen har gjort gällande, domen i det ovannämnda målet Adler anses ge svar på denna fråga?

16. Frågan under vilka förutsättningar en beställares tillhandahållande av tillgångar skall medföra att dessa tillgångar ingår i den av entreprenören överförbara enheten är mindre självklar. Rättspraxis är på denna punkt inte entydig, utan tvärtom motsägelsefull.

15. Det följer av rättspraxis att en övergång av äganderätt inte är nödvändig för att en övergång av materiella tillgångar eller fast egendom skall ske. I målet Redmond Stichting hyrde till exempel en stiftelse som uppbar kommunala subventioner, Redmond Stichting²¹, och därefter Sigma, en kommunal fastighet. Domstolen beaktade vid fastställandet av huruvida övergång hade skett det förhållande att "den fastighet som tidigare hyrts av Redmond har hyrts ut till Sigma".²² Sätillvida hindrar inte det förhållande att äganderätten inte övergått från en uppdragstagare till en annan att en övergång av tillgångarna kan ske, för det fall det kan

17. I i domen i målet Süzen nöjde sig domstolen med att, utan att uttala sig direkt, antyda att en ekonomisk enhets identitet, inom ramen för en övergång av företag beträffande en rengöringsverksamhet, beror på omständigheter såsom det "driftkapital" som beställaren ställt till dess förfogande.²⁴

18. Domstolen förefaller efter denna dom på nytt ha tvekat att uttala sig i domen i målet Watson Rask och Christensen.²⁵ Philips hade för första gången lagt ut sin matsalservice på entreprenad. Utan ekonomisk motprestation ställde bolaget Philips — av bolaget ISS Kantineservice godkända — lokaler för försäljning och produktion, nödvändig utrustning för skötseln av matsalen, elektricitet, varmvatten och telefon till ISS förfogande, samt åtog sig att utföra såväl det allmänna underhållet av lokalerna och

21 — Dom av den 19 maj 1992 i mål C-29/91, Redmond Stichting (REG 1992 s. I-3189; svensk specialutgåva, s. I-87).

22 — Punkt 26 i domen. Generaladvokaten Van Gerven hävdade i sitt förslag till avgörande att "det ... även [har] skett en faktisk övergång av materiella tillgångar genom att den byggnad som av Groningen kommun uthyrdes till Sophie Redmond har uthyrts till Sigma från den 1 januari 1991".

23 — Se även domen i det ovannämnda målet Abler m.fl., punkt 42, och Estadomstolens dom av den 10 december 2004 i mål E-2/04, Rasmussen (ännu ej publicerat i rättsfallssamlingen).

24 — Se domen i det ovannämnda målet Süzen, punkt 15.

25 — Se domen i det ovannämnda målet Watson Rask och Christensen.

utrustningen som sophämtningen.²⁶ Generaladvokaten Van Gerven hävdade i punkt 6 i sitt förslag till avgörande i målet att denna situation skulle tolkas så, att "Philips inte har överlåtit sin lösa egendom". Domstolen konstaterade endast att direktiv 77/187 är tillämpligt vid outsourcing, men ansåg samtidigt att det förhållande att uppdragsgivaren ställt tillgångar till förfogande ingår i de "förmåner vars villkor föreskrivs i det mellan de två bolagen ingångna avtalet".²⁷

19. Det förefaller dock som om domstolen svarat på frågan om konsekvenserna av att uppdragstagaren ställer tillgångar till förfogande i det ovan i fotnot 15 nämnda målet Temco. I det målet tillhandahöll Volkswagen de redskap som behövdes vid städning av dess industrianläggningar åt de städföretag som det slöt avtal med. Domstolen godtog den hänskjutande domstolens tolkning av detta förhållande, enligt vilken det inte hade skett någon överlåtelse av tillgångar i verksamheten från den ena entreprenören till den andra.²⁸ Det finns inget hinder för att de tillgångar i verksamheten som ställts till förfogande används först av en uppdragstagare och därefter av dess efterträdare utan att den för den skull utgör en del av den överförbara enheten.

20. I motsats till vad som föreföll fastställt i det målet, antog domstolen ett annorlunda resonemang i sin dom i det ovan i fotnot 6 nämnda målet Abler m.fl. och medgav att ett tillhandahållande av beställaren i vissa fall kan innebära en övergång av tillgångar entreprenörer emellan. I detta mål, i vilket en entreprenör efterträdde en annan för att bedriva storköksverksamhet på ett sjukhus, tillhandahöll sjukhuset lokaler samt vatten, energi och nödvändig utrustning. Domstolen konstaterade att "Sodexho [...] tagit över de materiella tillgångar som är oundgängliga för utövandet av den ifrågavarande verksamheten".²⁹ Denna slutledning innebär oundvikligen, såsom den tyska regeringen gjorde gällande vid förhandlingen, att de materiella tillgångarna i fråga utgjorde en del av den överförbara enheten, trots att sjukhuset behöll äganderätten.³⁰

21. Sätillvida fastslog domstolen i målet Temco att uppdragsgivarens tillhandahållande av materiella tillgångar inte medförde att dessa tillgångar kom att omfattas av den överförbara enheten, men drog senare den motsatta slutledningen i målet Abler m.fl.³¹ Det är olyckligt att denna skiljaktighet inte grundar sig på tillämpning av något kriterium som skulle göra det möjligt att särskilja

26 — Se domen i det ovannämnda målet Watson Rask och Christensen, punkt 6.

27 — Se domen i det ovannämnda målet Watson Rask och Christensen, punkt 1 i domslutet.

28 — Se generaladvokatens förslag till avgörande i det ovannämnda målet Temco, punkt 25. Det skall uppmärksammas att domstolen i detta mål ansåg att en övergång av företag från den ena entreprenören till den andra hade skett på grund av att den huvudsakliga personalstyrkan hade övertagits av den nya entreprenören.

29 — Se domen i det ovannämnda målet Abler m.fl., punkt 36.

30 — Det bör uppmärksammas att generaladvokaten Geelhoed i punkt 77 i sitt förslag till avgörande förespråkade en motsatt lösning: "Eftersom uppdragsgivaren också är ägare av dessa produktionsmedel återtar han nyttjanderätten över dessa tillgångar när kontraktet löpt ut. Följaktligen går det i detta fall inte att säga att tillgångarna övertagits."

31 — Domstolens avgörande skulle kunna förklaras som följden av domstolens vilja att förhindra att parterna avtalar bort tillämpningen av direktiv 77/187.

de två situationerna. Det förefaller tvärtom, såsom den tyska regeringen gjort gällande i förfarandet, att denna skiljaktighet i rättspraxis kan tolkas som följden av avsaknaden av ett bedömningskriterium.

23. Dessutom skulle, såsom Kötter och den tyska regeringen gjort gällande vid förhandlingen, de ekonomiska konsekvenserna av en sådan generalisering utan stöd av ett konsekvent bedömningskriterium, kunna bli betydelsefulla, eftersom utrymmet för konkurrens mellan entreprenörer skulle bli mycket reducerat. Ett antagande att en övergång av företag automatiskt föreligger för det fall ett uppdrag lämnas till en ny entreprenör medför att personalkostnaderna förvandlas till fasta kostnader. De potentiella konkurrenternas utrymme för att skilja sig åt vid konkurrens om ett tjänsteavtal skulle reduceras till ett minimum, det vill säga komma att gälla endast organiseringen av personalstyrkan.³⁴

22. Mot bakgrund av denna motsägelsefulla rättspraxis, och i motsats till vad Securicor har gjort gällande, bör en generalisering undvikas som innebär att en uppdragsgivares tillhandahållande av utrustning alltid innebär att dessa tillgångar ingår i den överförbara enheten. Såsom den tyska regeringen anförde vid förhandlingen skulle en övergång av företag anses föreligga varje gång uppdrag lämnas till en ny uppdragstagare endast på grund av att tillgångar tillhandahållits av beställaren. En förlust av ett uppdrag till förmån för en konkurrent skulle då i sig riskera att likställas med en övergång av företag, vilket strider mot domstolens fasta rättspraxis.³² Gränsdragningen mellan övergång av företag och övergång av verksamhet skulle då bli oklar igen.³³

24. I avsaknad av ett tydligt kriterium för en tydlig åtskillnad i rättspraxis har den hän-
skjutande domstolen med den tyska regeringens stöd gjort gällande att frågan huruvida utrustning som tillhandahållits av uppdragsgivaren skall tillskrivas den uppdragstagare som använder den skall avgöras mot bakgrund av begreppet eget ekonomiskt ansvar.

32 — Se domen i det ovannämnda målet *Süzen*, punkt 16: "Förlusten av ett tjänsteavtal till en konkurrent kan följaktligen inte i sig anses visa att det rör sig om en övergång i den mening som avses i direktivet. Det tjänsteföretag som tidigare innehade avtalet, och som förlorar en kund, består likväl i sin helhet utan att det kan anses att dess verksamhet eller del av verksamhet har överlåtits till den nye innehavaren av avtalet."

33 — Se angående riskerna med en sådan oklarhet exempelvis en artikel av Déprez, J., *R/S, Le flot de l'article L.122-12, alinéa 2, du Code du travail, Droit Social*, 2004, s. 366.

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

III — Kriteriet eget ekonomiskt ansvar

25. Enligt rättspraxis från Bundesarbeitsgericht blir utrustning som beställaren tillhandahåller en del av den överförbara ekonomiska enheten under förutsättning att entreprenören har möjlighet att fritt råda över denna utrustning utifrån sina egna intressen.

26. Enligt den hänskjutande domstolen och den tyska regeringen kan domstolens avgörande i målet Abler m.fl. förklaras genom detta kriterium.³⁵ Sodexho åtnjöt nämligen fri ekonomisk förvaltning av det kök som stod till dess förfogande. Det handlade utifrån sitt eget ekonomiska intresse såväl vid fastställandet av menyer som när det gällde leveranser till andra kunder än sjukhuset. Vidare ansvarade användaren av utrustningen för underhållskostnaderna. I motsats här till har den tyska regeringen gjort gällande att den utrustning för passagerarkontroll som i förevarande fall ställdes till Securicors förfogande inte kan anses utgöra del av en överförbar enhet, eftersom Securicor inte fritt förfogade över användningen av denna.

27. Innan jag undersöker relevansen av det kriterium som den tyska domstolen har föreslagit, bör det hänvisas till lydelsen i artikel 1.1 b i direktiv 2001/23, i vilken en ekonomisk enhet definieras som "en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet". Det finns ingenting i denna artikel som hindrar införandet av ett kriterium som kan användas för att fastställa under vilka omständigheter ett tillhandahållande av tillgångar egentligen innebär en "överföring" av dessa tillgångar från uppdragsgivaren till uppdragstagaren.

28. Emellertid förefaller det inte, av de anledningar som anges nedan, som om kriteriet om eget ekonomiskt ansvar, såsom det föreslagits av den tyska domstolen, är användbart.

29. För det första bygger inte det av den tyska domstolen föreslagna kriteriet på någon normativ bestämmelse. Den inrättande åtskillnaden mellan den situation där en egen ekonomisk förvaltning föreligger och den där ingen sådan förvaltning finns har varken antagits för att skydda arbetstagare eller för att genomföra den gemensamma marknaden. Något motiv för denna skillnad i behandling har inte angivits. Avsaknaden av en koppling till ändamålen i direktiv 2001/23 förringar trovärdigheten av det föreslagna kriteriet.

35 — I den tyska doktrinen har det tvärtom hävdats en risk för motsägelse mellan domen i målet Abler m.fl. och kriteriet eget ekonomiskt ansvar: Adam, R., *Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des § 13a BGB*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 2004, nr 16, s. 909, Willemssen, H.J., och Annuss, G., *Auftragsnachfolge — jetzt doch ein Betriebsübergang?*, Der Betrieb, 2004, nr 3, s. 134.

30. För det andra räcker det emellertid inte för att avvisa direktiv 2001/23 att konstatera att kriteriet eget ekonomiskt ansvar i vissa fall innebär en begränsning av tillämpningsområdet för detta direktiv. Även om det är ostridigt att direktivet i fråga i första hand syftar till att skydda arbetstagarna, har det även genomförandet av den gemensamma marknaden som ändamål, vilket dess antagande på grundval av artikel 94 EG vittnar om. Det kan således inte hävdas, såsom kommissionen och Securicor har gjort, att andemeningen eller den ändamålsenliga verkan av direktiv 2001/23 äventyras enbart genom att det inte kan tillämpas på alla situationer där ett tjänsteavtal övergår till en ny entreprenör utan endast på dem som motsvarar en övergång av företag.³⁶

31. För det tredje kan inte det förhållande att Securicor uppenbarligen åtnjuter mindre flexibilitet avseende användandet av kontrollutrustningen i förhållande till användande av ett kök för ett företag som bedriver matsalservering, anses medföra att en övergång av verksamhet endast har skett i det senare fallet. Såsom kommissionen gjorde gällande vid förhandlingen är det endast en nyansskillnad mellan de två fallen. Båda företagen har en viss flexibilitet beträffande det sätt på vilket de organiserar sin verksamhet med

hjälp av den utrustning som ställts till deras förfogande.³⁷

32. Dessutom riskerar kriteriet om eget ekonomiskt ansvar att orsaka diskussioner i det enskilda fallet vars utgång kommer att vara svår för företagen att förutse, vilket leder till rättsosäkerhet. I detta hänseende räcker det att hänvisa till Bundesarbeitsgerichts dom av den 25 maj 2000, bilagd den tyska regeringens yttrande, för att konstatera att detta kriterium verkligen fordrar en utförlig bedömning av uppdragstagarens självständighet enligt tjänsteavtalet. Men eftersom entreprenörer vid tjänsteavtal nödvändigtvis tillskrivs en viss självständighet i förhållande till beställaren är inte detta kriterium tillräckligt för att avgränsa i vilka situationer en övergång av verksamhet har skett.

33. Vidare delar jag kommissionens uppfattning att det genom kriteriet eget ekonomiskt ansvar skulle läggas alltför stor vikt vid bestämmelserna i det avtal som ingåtts mellan beställaren och entreprenören. Om innehållet i avtalet var avgörande för huruvida en övergång av företag förelåg skulle

³⁶ — Denna åtskillnad överensstämmer med den mellan övergång av verksamhet och övergång av företag som nämnts ovan.

³⁷ — Se även domen i det ovannämnda målet Hidalgo m.fl., punkt 27: "Det förhållande att det finns en tillräckligt strukturerad och oberoende enhet inom det företag som har erhållit kontraktet påverkas i princip inte av [den omständigheten att] detta företag, vilket för övrigt är vanligt, skall iaktaga noggrant angivna skyldigheter som det upphandlande organet har ålagt det. Även om det kan hända att detta organ har stort inflytande på den tjänst som företaget skall tillhandahålla, har företaget ändå en viss frihet, även om den är begränsad, att organisera och utföra tjänsten i fråga, på så sätt att det inte kan uppfattas som att företagets uppdrag enbart går ut på att ställa sin personal till det upphandlande organets förfogande."

avtalsparterna följaktligen ha möjlighet att kringgå tillämpningen av direktiv 2001/23. Bestämmelserna i avtalet mellan beställaren och entreprenören för genomförandet av det upphandlade uppdraget skall i stället beaktas i samband med den objektiva bedömningen av omständigheterna i det enskilda fallet.³⁸

34. Slutligen kan inte en avtalsbestämmelse i vilken det föreskrivs att uppdragstagaren skall ställa utrustning till förfogande *automatiskt* medföra att en övergång av tillgångarna skall anses ha skett från en uppdragstagare till en annan. Detta skulle kunna resultera i att bibehållande av verksamhet och bibehållande av företag sammanblandades.³⁹ En beställares tillhandahållande av utrustning skulle då i sig medföra att det mellan serviceentreprenörer blir fråga om en övergång av företag.

35. Mot bakgrund härav anser jag inte att kriteriet eget ekonomiskt ansvar bör tillämpas dels eftersom kriteriet inte kan avgränsa i vilka fall utrustningen, även om denna tillhandahållits av beställaren, egentligen omfattas av en avskild ekonomisk enhet, dels eftersom det saknar normativ grund.

36. Kommissionen och Securicor har, mot bakgrund av deras tolkning av domen i det ovannämnda målet Abler m.fl., gjort gällande att den avgörande omständigheten skall vara huruvida den tillhandahållna utrustningen är nödvändig för utförandet av de tjänster som omfattas av uppdraget. Med detta alternativa kriterium tas emellertid ingen hänsyn till det förhållande att uppdragstagaren saknar valmöjlighet, eftersom denne, när den väl erhållit det uppdrag som upphandlats, är bunden av de bestämmelser som föreskrivs i det med uppdragsgivaren ingångna avtalet. Det förefaller dessutom logiskt att anta att beställaren endast ställer utrustning som är nödvändig för utförandet av det anförtrödda uppdraget till entreprenörens förfogande.

37. För övrigt finns det, även om domstolen i sin dom i det ovannämnda målet Abler m.fl. nämnde att den utrustning som ställts till uppdragstagarens förfogande, det vill säga viss köksutrustning, var nödvändig för genomförandet av det upphandlade uppdraget, nämligen matservering, ingenting i det målet som visar att denna omständighet varit avgörande. Slutligen skulle inte detta kriterium förmå utgöra en lösning på den motsägelse som råder mellan domarna i de ovannämnda målen Abler m.fl. och Temco, eftersom den utrustning som uppdragsgivaren ställde till förfogande i det senare målet även var nödvändig för utförandet av tjänsterna.

38 — Se domstolens dom av den 18 mars 1986 i mål 24/85, Spijkers (REG 1986, s. 1119), punkt 13.

39 — Denna risk framgår av domen i det ovannämnda målet, då denna kan tolkas som att en övergång av företag föreligger enbart på den grunden att uppdragstagaren ställt utrustning för utövandet av tjänsterna till uppdragstagarens förfogande. Det är dock inte uteslutet att den utrustning som ställts till förfogande kan överföras från en uppdragstagare till en annan, bland annat för att undvika att avtalsparterna söker kringgå tillämpningen av direktiv 2001/23 på det aktuella uppdraget.

38. Även om varken det av den hänskjutande domstolen föreslagna kriteriet eller det som kommissionen och Securicor föresprå-

kar av de ovan anförda skälen förefaller övertygande, återstår det att precisera huruvida det förhållande att en beställare ställer utrustning till förfogande skall inverka på avgörandet av huruvida en övergång av företag mellan entreprenörer har skett.

39. Gränserna för en överförbar ekonomisk enhet är — för det fall identiska tjänsteavtal har ingåtts mellan en beställare och flera efter varandra följande entreprenörer — särskilt svåra att identifiera, eftersom flera av förutsättningarna för en sådan enhet fastställs genom avtal. Det ligger således i ett upphandlingsavtals natur att entreprenörens kundkrets förblir densamma. På samma sätt utgör den tillhandahållna utrustningen ur de efter varandra följande uppdragstagarnas synvinkel en faktor i den beräkning som de måste göra för att kunna lägga ett anbud, på samma sätt som exempelvis placeringen av eller ritningar över Düsseldorfs flygplats i Securicors och Kötters fall. Den utrustning som beställaren tillhandahåller kommer nämligen att användas av på de efter varandra följande entreprenörerna, vilka i detta hänseende saknar utrymme för handlingsfrihet. Med andra ord, den utrustning som tillhandahålls ligger utanför de efter varandra följande entreprenörernas kontroll och kan således inte anses utgöra en del av en överförbar organisatorisk enhet.

40. Härav följer att bedömningen för att fastställa huruvida en övergång av företag föreligger i det förevarande fallet bör vid

tillämpningen av de i domen i målet Spijkers⁴⁰ fastställda kriterierna inriktas på de delar av den ekonomiska enheten som är entreprenörens egna. Endast på detta sätt kan man försäkra sig om att övergången gäller en självständig ekonomisk enhet, i enlighet med lydelsen och ändamålet i artikel 1 i direktiv 2001/23. När denna enhet enbart grundar sig på ett eget ekonomiskt ansvar bör den hänskjutande domstolens första fråga besvaras nekande. Härav följer att även den andra fråga skall besvaras nekande.

41. I de vid Arbeitsgericht Düsseldorf pågående målen skall frågan huruvida en övergång av företag mellan de två efter varandra följande entreprenörerna föreligger, då den för utförandet av den kontrollverksamhet som anförtrotts Securicor och senare Kötter nödvändiga utrustningen har tillhandahållits av Förbundsrepubliken Tyskland, fastställas med utgångspunkt i andra omständigheter än ett sådant tillhandahållande.

42. Såsom den tyska regeringen har påpekat i sina skriftliga yttranden gäller de av den hänskjutande domstolen ställda frågorna endast ett av de förhållanden som skall beaktas vid bedömningen av huruvida en

40 — Se domen i det ovannämnda målet Spijkers, punkt 13: "Hänsyn bör tas till samtliga faktiska omständigheter som karakteriserar det ifrågavarande uppdraget, i vilka bland annat ingår vilken typ av företag eller verksamhet som är aktuell, huruvida övergång av materiella tillgångar såsom byggnader eller lös egendom skett vid tidpunkten för övergången, värdet av de immateriella tillgångarna vid tidpunkten för övergången, huruvida den nya företagsledaren övertagit den huvudsakliga personalstyrkan, huruvida kundkretsen övertagits, såväl som graden av likhet mellan verksamheten före och efter övergången och varaktigheten av ett eventuellt inställande av verksamheten.

övergång har skett. Det följer emellertid av det svar som föreslagits att detta förhållande, det vill säga övergång av den tillhandahållna utrustningen, inte bör vara avgörande. Mot bakgrund av handlingarna i målet och i syfte att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar för att kunna avgöra målet, bör konsekvenserna av den föreslagna lösningen betraktas i förhållande till omständigheterna i målet.

IV — Konsekvenserna av den föreslagna lösningen i det aktuella målet

43. Innan omständigheterna i målet undersöks bör det erinras om under vilka förutsättningar en övergång av företag kan ske utan övergång av tillgångar i verksamheten.

44. I domen i det ovannämnda målet *Redmond Stichting* gällde en av de hänskjutna frågorna konsekvenserna av det förhållande att lös egendom inte hade överlåtits. Domstolen konstaterade att detta förhållande "i sig själv inte utgör hinder för att tillämpa direktivet", men konstaterade samtidigt att det ankom på den nationella domstolen att ta hänsyn till denna omständighet vid sin helhetsbedömning.

45. I domen i det ovannämnda målet *Liikenne* uteslöt emellertid domstolen tillämpningen av direktiv 2001/23, efter att ha konstaterat att ingen övergång av tillgångar i

verksamheten skett mellan de två bussföretagen, även om en del av personalstyrkan hade överförts från det ena företaget till det andra.

46. Dessa till synes motsägande avgöranden vittnar om vikten av att i förväg fastställa vilken typ av verksamhet den eventuella övergången gäller. Kriterierna för bedömningen av om det har förekommit en övergång varierar nämligen med hänsyn till den verksamhet som enheten bedriver.⁴¹

47. Detta kriterium infördes av domstolen i förhållande till verksamheter som i huvudsak baseras på arbetskraft och ledde till avgörandet att "ett kollektiv av arbetstagare som varaktigt förenas i en gemensam verksamhet kan utgöra en ekonomisk enhet"⁴². Härav följer att det skall "medges att en sådan enhet kan behålla sin identitet efter det att den har överlåtits när den nye arbetsgivaren inte nöjer sig med att fortsätta verksamheten i fråga utan även övertar en huvuddel — i förhållande till antal och kompetens — av personalstyrkan som hans föregångare särskilt hade avdelat för denna uppgift".⁴³

41 — Se domarna i de ovannämnda målen *Süzen*, punkt 18, *Hernandez Vidal m.fl.*, punkt 31, *Hidalgo m.fl.*, punkt 31, *Liikenne*, punkt 35, och *Abler m.fl.*, punkt 35.

42 — Se domen i det ovannämnda målet *Süzen*, punkt 21. Domstolens införande av detta särskiljande syftar till att hindra att det skydd som arbetstagarna åtnjuter blir mindre om de är anställda i en arbetskraftsintensiv bransch.

43 — *Ibidem*.

48. Däremot beror, i de fall då den ifrågavarande verksamheten inte i huvudsak baseras på arbetskraft, förekomsten av en övergång av företag på huruvida det kan konstateras att en övergång av tillgångar i verksamheten har skett företagen emellan.⁴⁴

49. Av denna rättspraxis följer att det, för att fastställa huruvida en övergång av företag har skett, först bör avgöras vilken typ av verksamhet som avses. Bevakningen av Bundeswehrs (Tysklands armé) sjukvårdsförråd ansågs vara en verksamhet i huvudsak baserad på arbetskraft.⁴⁵ I förevarande fall fordrar kontrollverksamheten på en flygplats, såsom Securicor har gjort gällande i sina skriftliga yttranden, till skillnad från en enkel bevakningsverksamhet, särskild avancerad utrustning. Men till skillnad från vad Securicor har antytt förefaller inte resultatskyldighet för ett företag som utför säkerhetskontroll på en flygplats vara ett relevant kriterium för att särskilja verksamheten från en bevakningsverksamhet, eftersom den inte inverkar på organisationen av den berörda ekonomiska enheten.

44 — Domstolen har exempelvis fastställt följande: "Busstrafik kan emellertid inte anses som en verksamhet som i huvudsak basera[s] på arbetskraft, eftersom den förutsätter omfattande materiel och anläggningar" (domen i det ovannämnda målet Liikenne, punkt 39). Följaktligen "måste den omständigheten att sådana tillgångar, vilka är absolut nödvändiga för att enheten skall kunna fungera väl, inte i betydande utsträckning ha övergått från den tidigare till den nya innehavaren av kontraktet leda till att denna enhet inte anses ha bevarat sin identitet" (domen i det ovannämnda målet Liikenne, punkt 42). Således hade inte övergång av företag skett mellan de två busstransportbolagen, eftersom det senare inte hade övertagit fordonen från det tidigare.

45 — Se domen i det ovannämnda målet Hidalgo m.fl., punkt 26.

50. Även om bedömningen av vikten av att godta de olika kriterierna för en övergång i den mening som avses i direktiv 2001/23 i de respektive fallen i slutändan ankommer på den hänskjutande domstolen, förefaller det följa av handlingarna i målet att den särskilda utrustningen som uppdragsgivaren tillhandahållit och en kvalificerad personalstyrka utgör den ekonomiska enhet vars verksamhet är kontroll av bagage och passagerare på en flygplats.

51. Eftersom den särskilda kontrollutrustningen i vart fall ställts till de efter varandra följande entreprenörernas förfogande, bör det emellertid kontrolleras huruvida övertagandet av personalstyrkan från Securicor till Kötter utgör en huvudsaklig del, i antal och kompetens beräknat, av den utrustning som tillhandahållits för genomförandet av uppdraget.⁴⁶

52. Vid första anblicken förefaller det motsägelsefullt att låta förekomsten av en övergång av företag bero på huruvida personalstyrkan och dess kompetens har överförts från en arbetsgivare till en annan, då det i princip är detta som följer av det förhållande

46 — Detta kriterium kan utläsas i domen i det ovannämnda målet Süzen och finns återgivet i domen i det ovannämnda målet Temco.

att en övergång av företag har skett.⁴⁷ Detta kriterium ingår emellertid i en global bedömning av omständigheterna. Det är av vikt endast för det fall ingen övergång av tillgångar i verksamheten skett, då det är nödvändigt att identifiera andra omständigheter som kan medföra att en överförbar enhet förekommer. Dessutom är inte detta kriterium strikt bundet till personalstyrkan i sig, utan snarare till överföringen av denna särskilda kompetens, som kan anses utgöra en organiserad enhet. Syftet är att förhindra att parterna vid övergången skall kunna utesluta tillämpningen av direktiv 2001/23 genom avtal.

53. För övrigt finns det, även om kvalificeringen av en övergång av ett företag i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 2001/23 medför att den överförda enhetens arbetsgivare skall överta anställningsavtalen,⁴⁸ ingenting som hindrar att han omstrukturerar, i förekommande fall genom uppsägningar, såvida inte dess uppsägningar är direkt bundna till övergången av företaget.⁴⁹

54. Slutligen är det av Förbundsrepubliken Tyskland föreslagna argumentet, enligt vilket bibehållandet av avtalen skulle få särskilda följder i Tyskland på grund av den strikta arbetsrätt som gäller där, verkningslöst. Det följer nämligen av fast rättspraxis att en medlemsstat inte kan stödja sig på sin nationella lagstiftning för att utesluta tillämpning av ett gemenskapsdirektiv.

55. Det är fastställt att Kötter övertog 167 av Securicors 295 tidigare anställda som utförde kontrollverksamhet av passagerare och bagage på Düsseldorfs flygplats för Förbundsrepubliken Tysklands räkning. Dessa anställda genomgick en särskild utbildning för att kunna utföra de kontrolluppgifter som de hade anförtrott.

56. Således kan det inte uteslutas att Kötter övertog den huvudsakliga personalstyrkan från sin föregångare. Om detta är fallet, och såvida inte den nationella domstolens undersökning av samtliga relevanta omständigheter visar annorlunda, förefaller flera omständigheter tyda på att en övergång av företag i den mening som avses i direktiv 2001/23 har skett mellan Securicor och Kötter.

47 — Se exempelvis punkt 80 i generaladvokaten Cosmas förslag till avgörande i det ovannämnda målet *Hernandez Vidal m.fl.* Denna paradox omnämns även i doktrinen; Davies, *Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again*, 1997, 26 *ILJ* 193; Engels, C., et Salas, L., "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, s. 275, och Garde, A., *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 *CMLRev.*, 2002, s. 523. Gomes, J., (*Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, s. 213) framförde i sin kommentar till domen i målet *Abler m.fl.* ett övertygande motargument i förhållande till detta resonemang. Han hävdade att de företag som är parter i upphandlingen, nödvändigtvis har behörighet att bestämma vilka tillgångar som transaktionen gäller.

48 — Artikel 3 i direktiv 2001/23.

49 — Artikel 4 i direktiv 2001/23. Se även Hunt, J., *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, s. 336.

V — Förslag till avgörande

57. Mot bakgrund av det ovan anförda anser jag att de av Arbeitsgericht Düsseldorf hänskjutna frågorna skall besvaras enligt följande:

”För det fall uppdrag har lämnats till en ny uppdragstagare utan att tillgångar i verksamheten överförts från den tidigare till den nya uppdragstagaren och beställaren har ställt den utrustning som är nödvändig för genomförandet av uppdraget till de efter varandra följande uppdragstagarnas förfogande, är frågan huruvida en övergång av företag ägt rum mellan entreprenörer i den mening som avses i artikel 1 i rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid övergång av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter inte beroende av huruvida dessa tillgångar har överlåtits i syfte att entreprenören skall ha ett eget ekonomiskt ansvar, utan den skall avgöras i förhållande till andra omständigheter än ett tillhandahållande som direkt kan tillskrivas entreprenören, såsom överföring av den huvudsakliga personalstyrkan.”