

JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

M. POIARES MADURO

16 päivänä kesäkuuta 2005¹

1. Nyt käsiteltävänä olevan asian vuoksi yhteisöjen tuomioistuin joutuu jälleen tämentämään työntekijöiden oikeuksien turvaamista yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 12 päivänä maaliskuuta 2001 annetun neuvoston direktiivin 2001/23/EY² (EYVL L 82, s. 16) 1 artiklassa tarkoitetun luovutuksen käsitteen rajoja. Arbeitsgericht Düsseldorf (Saksa) nimittäin osoitti yhteisöjen tuomioistuimelle kahdessa erillisessä 5.5.2004 päivätyssä ennakkoratkaisupyynnön esittämisestä tehdyssä päätöksessä kysymyksiä, jotka koskevat kyseisen direktiivin soveltamista tilanteessa, jossa palvelujen tarjoaja seuraa toista palvelujen tarjoajaa matkustajien turvatarkastuksia koskevassa palveluhankinnassa. Erityisesti ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin haluaa tietää, mitä seurauksia liittyy siihen, että hankintaviranomainen³ antaa tiettyjä

tuotantovälineitä hankintasopimuksen tehneen toimeksisajaan käyttöön.

I Tosiseikat, asiaa koskevat oikeussäännöt ja ennakkoratkaisukysymykset

2. Saksan liittotasavallan kanssa 24.3.–5.4.2000 tehdyn sopimuksen mukaan Aviation Defence International Germany Ltd vastasi matkatavaroiden ja matkustajien turvatarkastuksista Düsseldorfin lentokentällä. Securicor Aviation (Germany) Ltd (jäljempänä Securicor) otti vastattavakseen kyseisen sopimuksen täytäntöönpanon. Securicorille ilmoitettiin 5.6.2003 päivätyllä kirjeellä, että sen tarkastustehtävää ei jatkettaisi 31.12.2003 jälkeen, koska lentokentän lentoturvallisuustehtävien suorittamista koskevan hankinta-toimeksiannon oli saanut Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG -niminen yhtiö

1 — Alkuperäinen kieli: portugali.

2 — Kyseisellä direktiivillä kodioidaan työntekijöiden oikeuksien turvaamista yrityksen tai liikkeen taikka liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 14 päivänä helmikuuta 1977 annetun neuvoston direktiiviin (EYVL L 61, s. 26) 29.6.1998 annetulla neuvoston direktiivillä 98/50/EY (EYVL L 201, s. 88) tehdyt muutokset.

3 — Jäljempänä tekstissä viitataan erotuksetta joko "toimeksiantajaan" tai "hankintaviranomaiseen".

(jäljempänä Kötter). Se aloitti toimintansa 1.1.2004.

3. Toimeksisaajan vaihtumisen yhteydessä muuttumattomina säilyneiden sopimusehtojen mukaan Saksan liittotasavalta antaa toimeksisaajan käyttöön lentoturvallisuuslaitteet, jotka ovat tarpeen tarkastusten toteuttamisessa, ja ottaa vastuun niiden huollosta. Kysymys on turvaporteista, matkatavaroiden hihnakuljettimisesta, joissa on automaattinen läpivalaisumekanismi (matkatavaroiden turvatarkastuslaitteisto ja läpivalaisulaitteet), käsimetallinilmaisimista ja räjähdysaineilmaisimista.

4. Sopimuksessa määrätään myös, että toimeksisaajan on noudatettava Luftverkehrsgesetzin (lentoliikenteestä annettu laki) 29 c §:n 1 momenttia, jonka mukaan ”ilmailuviranomaisten tehtävänä on varmistaa suoja lentoliikenteeseen kohdistuvia hyökkäyksiä, erityisesti lentokonekaappauksia ja sabotaaseja, vastaan. Ilmailuviranomaisten alueellinen toimivalta tässä tarkoituksessa ulottuu lentokenttäalueelle. Siltä osin kuin tehtävien hoito edellyttää henkilöä koskevia tarkastuksia ja esineiden tarkastuksia, läpivalaisua tai muunlaista tutkimista, ilmailuviranomaiset voivat käyttää apunaan soveltuvia henkilöitä, joiden on työskenneltävä ilmailuviranomaisten valvonnassa”.⁴

5. Näin ollen turvatarkastuksia koskeviin tehtäviin määrättyjen toimeksisaajan työntekijöiden on osallistuttava neljän viikon erityiskoulutukseen ja suoritettava lentoturvallisuusapulaisen tutkinto, jotta he saavat julkisen vallan nimissä oikeuden harjoittaa turvatarkastustoimintaa.

6. Güney-Görres palkattiin 26.4.2000 ja Demir vuorostaan 7.5.2001 turvallisuustarkastajiksi ja tässä ominaisuudessa he olivat lentoliikenteestä annetun lain 29 c §:n säännösten alaisia. Securicor lähetti kummallekin 26.11.2003 päivätyn kirjeen, jossa työsuhteet irtisanottiin 31.12.2003 alkaen. Nämä työntekijät reagoivat nostamalla Arbeitsgericht Düsseldorfissa kanteet, jotka saapuivat tuomioistuimeen 18.12.2003 ja joissa vaadittiin toteamaan, että heidän työsuhteensa piti jatkua uuden toimeksisaajan palveluksessa, koska yrityksen luovutus oli tapahtunut.

7. Yrityksen luovutuksen käsite määritellään direktiivin 2001/23 1 artiklan 1 kohdassa, jossa säädetään seuraavaa:

”a) Tätä direktiiviä sovelletaan yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan

⁴ — Kyseinen laki mainitaan 27.3.1999 annetussa lain vahvistamista koskevassa versiossa (BGBl. 1999 I, s. 550), jota on muutettu viimeksi 6.4.2004 annetulla lailla (BGBl. 2004 I, s. 550).

osan luovuttamiseen toiselle työnantajalle sopimukseen perustuvan luovutuksen taikka sulautumisen kautta.

- b) Jollei a alakohdasta ja tämän artiklan jäljempänä olevista säännöksistä muuta johdu, tässä direktiivissä tarkoitettuna luovutuksena pidetään oman identiteettinsä säilyttävän [sellaisen] taloudellisen yksikön luovuttamista, jolla tarkoitetaan pää- ja sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestettyä resurssikokonaisuutta.”⁵

8. Kyseinen säännös saatettiin osaksi Saksan oikeusjärjestystä Bürgerliches Gesetzbuchin 613 a §:llä, jonka 1 momentissa säädetään muun muassa, että ”kun liiketoiminta tai liiketoiminnan osa luovutetaan oikeustoimella uudelle omistajalle, tälle siirtyvät luovutushetkellä voimassa olevista työsuhteista johtuvat oikeudet ja velvollisuudet”.

9. Arbeitsgericht Düsseldorfin mukaan yrityksen luovutuksen olemassaolo riippuu tuotantovälineiden eli lentoturvallisuuslait-

teiden mahdollisesta luovutuksesta Securicorilta Kötterille. Asiassa on osoitettu, että Kötter käyttää samoja tuotantovälineitä kuin jotka toimeksiantaja antoi Securicorin käyttöön. Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuimien pohtii, riittääkö tämä seikka sen päätelmän tekemiseen, että kysymys on direktiivin 2001/23 1 artiklassa tarkoitettua liikkeen luovutuksesta, sellaisena kuin yhteisöjen tuomioistuin on tulkinnut sitä asiassa Abler ym.⁶ antamassaan tuomiossa. Tässä viimeksi mainitussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin nimittäin nojautui toimeksiantajan käyttöön antamaan liikeomaisuuteen ratkaistessaan yrityksen luovutuksen olemassaoloa peräkkäisten palvelujen tarjoajien välillä. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen epäilykset johtuvat myös luovutuksen käsitteen tulkinnasta Bundesarbeitsgerichtin oikeuskäytännössä, jossa katsotaan, että toimeksisaajan käyttöön annetut tuotantovälineet voidaan samastaa omiin tuotantovälineisiin ainoastaan silloin, kun kysymys on niiden ”itsenäisestä taloudellisesta hyväksikäytöstä”.⁷ Näin ollen Arbeitsgericht Düsseldorf osoitti kahdella erillisellä 3.5.2004 tehdyllä päätöksellä, jotka esitettyjen kysymysten samanlaisuuden vuoksi yhdistettiin yhteisöjen tuomioistuimen presidentin 9.7.2004 antamalla määräyksellä, yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat kysymykset:

- ”1) Kun tutkitaan yleisesti, onko tapauksessa, jossa toimeksianto on annettu uudelle toimeksisaajalle, tapahtunut

6 — Asia C-340/01, tuomio 20.11.2003 (Kok. 2003, s. I-14023).

7 — Bundesarbeitsgerichtin kahdeksannen jaoston 11.12.1997 antama tuomio (8 AZR 426/94, BAGE 87, 296), 22.1.1998 annettu määräys (8 ABR 83/96, ei vielä julkaistu) ja 25.5.2000 annettu tuomio (8 AZR 337/99, ei vielä julkaistu), jotka esitettiin Saksan hallituksen huomautusten liitteinä.

5 — Kyseinen määritelmä on pysynyt muuttumattomana sen direktiivissä 98/50 olevaan versioon nähden.

liikkeen luovutus direktiivin 2001/23/EY 1 artiklan mukaisesti — ottamatta huomioon omistussuhteita koskevaa kysymystä — onko se, että uudella toimeksisaajalla on oikeus käyttää tuotantovälineitä omiin taloudellisiin tarkoituksiinsa, edellytyksenä sen toteamiselle, että yrityksen tuotantovälineet ovat siirtyneet alkuperäiseltä toimeksisaajalta uudelle toimeksisaajalle? Onko yrityksen tuotantovälineiden siirtymisen edellytyksenä näin ollen se, että toimeksisaajalle on annettu oikeus päättää tavasta, jolla tuotantovälineitä voidaan käyttää sen oman taloudellisen intressin mukaisesti? Onko näin ollen tehtävä ero sen välillä, kohdistuuko palvelu toimeksiantajan tuotantovälineisiin vai suorittaako toimeksisaaja palvelun toimeksiantajan tuotantovälineillä?

- 2) Mikäli yhteisöjen tuomioistuin vastaa ensimmäiseen kysymykseen myöntävästi,

- a) eikö tuotantovälineiden käyttöä voida katsoa itsenäiseksi taloudelliseksi hyväksikäytöksi siinä tapauksessa, että toimeksiantaja on antanut toimeksisaajalle ainoastaan mahdollisuuden käyttää tuotantovälineitä ja että toimeksiantaja vastaa niiden huollosta ja siihen liittyvistä kustannuksista?

- b) onko kyse toimeksisaajan itsenäisestä taloudellisesta hyväksikäytöstä, kun toimeksisaaja käyttää lentokentillä tehtävissä matkustajien turvataustuksissa toimeksiantajan tätä varten käyttöön antamia turvaportteja, käsimetallinilmaisimia ja läpivalaisulaitteita?”

10. Kummallakin kysymyksellä pyritään määrittämään niitä edellytyksiä, joiden perusteella voidaan katsoa, että kyse on tuotantovälineiden luovutuksesta silloin, kun hankintaviranomainen antaa nämä välineet peräkkäisten toimeksisaajien käyttöön.

11. Pantakoon aluksi merkille, että direktiivin 2001/23 soveltumisesta palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin ei ole epäilystä. Asiassa Watson Rask ja Christensen annetussa tuomiossa⁸ yhteisöjen tuomioistuin nimittäin ilmaisi selvästi tämän tulkinnan. Myöhemmin kyseinen tulkinta vahvistettiin asioissa Schmidt⁹ ja Süzen¹⁰ annetuissa

8 — Asia C-209/91, tuomio 12.11.1992 (Kok. 1992, s. I-5755, 17 kohta).

9 — Asia C-392/92, tuomio 14.4.1994 (Kok. 1994, s. I-1311, Kok. Ep. XV, s. I-111, 12–14 kohta). Kuitenkin kyseisen tuomion, jota arvosteltiin voimakkaasti oikeusopissa, jälkeen komissio oli ehdottanut direktiivin 77/187 muuttamista koskevassa ehdotuksessa eron tekemistä yhtäältä yksikön luovutuksen ja toisaalta pelkästään yksikön yhden toiminnan luovutuksen välillä viimeksi mainitun jäädessä direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Euroopan parlamentin vastustuksen vuoksi Euroopan yhteisöjen komissio muutti alkuperäistä ehdotustaan ja poisti kyseisen tekstiä koskevan lausekkeen. Kuitenkin asiassa C-13/95, Süzen, 11.3.1997 annetussa tuomiossa (Kok. 1997, s. I-1259) otettiin takaisin erottelu yksikön ja ”pelkän toiminnan” välillä.

10 — Em. asia Süzen.

tuomioissa. Esimerkkeinä direktiivin 2001/23 soveltamisesta peräkkäisiin hankintatoimeskiantoihin voidaan mainita yhdistetyt asiat Hidalgo ym.,¹¹ yhdistetyt asiat Hernandez Vidal ym.,¹² asia Allen ym.,¹³ asia Liikenne,¹⁴ asia Temco¹⁵ ja viimeiseksi edellä mainittu asia Abler ym.

12. Vaikka oikeuskäytäntö on tämän aiheen osalta runsasta, väittely yrityksen luovutuksen käsitteestä ei kuitenkaan ole päättynyt, koska julkisasiamiehet jatkavat sellaisten perusteluiden esittämistä yhteisöjen tuomioistuimelle, joilla pyritään kyseenalaistamaan kyseisen käsitteen laaja tulkinta.¹⁶ Oikeuskäytännössä nähdään joskus vaivaa selvän rajalinjan löytämiseksi toiminnan luovutuksen ja yrityksen luovutuksen välillä.¹⁷ Tämä raja on tasapainon takeena kahden direktiivillä 2001/23 ajetun tavoit-

teen eli yhtäältä ja pääasiallisesti työntekijöiden suojan¹⁸ ja toisaalta yhtenäismarkkinoiden toteutumisen välillä.¹⁹

13. Jotta yksikkö säilyttää identiteettinsä luovutuksen jälkeen, sen on aluksi oltava olemassa itsenäisenä yksikkönä.²⁰ Vastoin Kötterin suullisessa käsittelyssä puolustamaa väitettä minulla ei ole epäilystä sellaisen taloudellisen yksikön olemassaolosta, jonka tarkoituksena on suorittaa turvatarkastustoimintoja Düsseldorfin lentokentällä. Kuitenkin vastauksen antamiseksi ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymyksiin on aluksi osoitettava, ovatko toimeskiantajan käyttöön antamat tuotantovälineet osa luovutettua yksikköä, toisin sanoen on arvioitava, kuuluvatko nämä Securicorin käyttöön annetut välineet sille. Tämän arvioinnin kannalta ratkaisevaa on käyttöön antamisen luonne. Toiseksi perusteluissa otetaan esille kysymys yksikön identiteetin säilyttämisestä.

11 — Yhdistetyt asiat C-173/96 ja C-247/96, tuomio 10.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8237).

12 — Yhdistetyt asiat C-127/96, C-229/96 ja C-74/97, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-8179).

13 — Asia C-234/98, tuomio 2.12.1999 (Kok. 1999, s. I-8643).

14 — Asia C-172/99, tuomio 25.1.2001 (Kok. 2001, s. I-745).

15 — Asia C-51/00, tuomio 24.1.2002 (Kok. 2002, s. I-969).

16 — Esimerkiksi julkisasiamies Geelhoedin mukaan em. asian Abler ym. tosiseikkoja oli arvioitava siten, että "edellinen palveluja tuottava yritys menetti sopimuksen ja tilalle otettiin uusi yritys" (54 kohta), eikä siten, että kysymys oli yrityksen luovutuksesta. Edellä mainitussa asiassa Temco esittämänsä ratkaisuehdotuksen 38 kohdassa julkisasiamies Geelhoed korostaa myös taloudellista toimintaympäristöä ja esittää, että "markkinoiden dynamiikka voi kärsiä, jos liian helposti oletettaisiin, että kyseessä on direktiivissä tarkoitettu luovutus".

17 — Ainoastaan viimeksi mainittu kuuluu direktiivin 2001/23 soveltamisalaan. Toiminnan luovutus on yksi niistä osatekijöistä, joihin yrityksen luovutus perustuu. Jotta yrityksen luovutus tapahtuisi, lisäksi on tärkeää, että pysyvä taloudellinen yksikkö, joka vastaa toiminnasta, on myös siirretty. Ks. taloudellisen yksikön käsitteestä erityisesti julkisasiamies Van Gervenin edellä mainitussa asiassa Schmidt esittämän ratkaisuehdotuksen 13 ja 14 kohta sekä Pochet, P., *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit social, 1994, s. 931 ja O'Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, s. 259.

18 — Ks. viimeiseksi asia C-478/03, Celtec, tuomio 26.5.2005 (26 ja 27 kohta, ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa). Ks. myös Mertens de Wilmars, J., ja 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*, 1999, s. 557.

19 — Direktiivissä 2001/23 otetaan yleisemmin huomioon taloudellisia vaatimuksia, koska sen 5 artiklan 1 kohdassa säädetään, että sitä ei periaatteessa sovelleta silloin, kun on aloitettu luovuttajaa koskeva konkurssimenettely tai muu samankaltainen maksukyvyttömyysmenettely. Direktiivillä ajettavan kahden tavoitteen välisestä tasapainosta Kenner, J., *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, s. 352.

20 — Oikeuskäytäntö on tältä osin vakiintunut. Ks. em. asia Süzen, tuomion 13 kohta; asia C-48/94, Rygaard, tuomio 19.9.1995 (Kok. 1995, s. I-2745, 20 kohta); em. asia Liikenne, tuomion 31 kohta ja em. asia Abler ym., tuomion 30 kohta.

II Toimeksiantajan palvelujen tarjoajien käyttöön antamien tuotantovälineiden luovutusta koskevat alustavat huomautukset

14. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen esittämässä ensimmäisessä kysymyksessä on kyse vastauksen saamisesta siihen, kuuluvatko toimeksiantajan yksikön käyttöön antamat tuotantovälineet luovutettavaksi taloudelliseen yksikköön. Voidaanko katsoa, kuten kansallinen tuomioistuin tekee, että edellä mainitussa asiassa Abler ym. annetussa tuomiossa esitetään vastaus tähän kysymykseen?

15. Oikeuskäytännöstä tosin seuraa, että omistusoikeuden luovutus ei ole välttämättömyyttä aineellisen tai kiinteän omaisuuden siirron toteutumiseksi. Esimerkiksi asiassa Redmond Stichting annetussa tuomiossa²¹ kunnallisen avustuksen saajana oleva yhdistys, ensin Redmond Stichting ja sen jälkeen Sigma, vuokrasi kunnalta kiinteistön. Yhteisöjen tuomioistuin sisällyttää niihin seikkoihin, joiden perusteella on mahdollista osoittaa luovutuksen olemassaolo, sen, että ”Redmondin vuokraama kiinteistö vuokrattiin Sigmalle”.²² Se, että omistusoikeutta ei luovuteta palvelujen tarjoajalta toiselle, ei siten estä sitä, ettei liikeomaisuuden luovutusta voisi tapahtua silloin, kun on kiista-

tonta, että kyseinen liikeomaisuus kuuluu siirrettävään yksikköön.²³

16. Kysymys siitä, missä olosuhteissa toimeksiantajan yksikön käyttöön antama liikeomaisuus sisältyy palvelujen tarjoajalle kuuluvaksi siirrettävään yksikköön, on hienosyisempi. Oikeuskäytäntö ei selvästi ilmaise tätä vaan se on päinvastoin jakautunut.

17. Yritysten välisessä, siivoustoiminnan suorittamista koskevassa seuraannossa asiassa Süzen annetussa tuomiossa tähän ei suoraan oteta kantaa vaan siinä tyydytään toteamaan, että taloudellisen yksikön identiteetti määräytyy sellaisten seikkojen, kuten toimeksiantajan sen käyttöön mahdollisesti antamien ”tuotantolaitosten” perusteella.²⁴

18. Kyseisen tuomion jälkeen yhteisöjen tuomioistuin näyttää jälleen epäroineen asiassa Watson Rask ja Christensen annetussa tuomiossa.²⁵ Philips-niminen yhtiö antoi ensimmäistä kertaa yrityksensä työpaikkaruokalapalvelut ulkopuoliselle palvelujen tarjoajalle. Se antoi ISS Kantineservice -nimisen yhtiön käyttöön vastikkeetta tämän hyväksymät myynti- ja tuotantotilat, työpaikkaruokalan liiketoiminnassa tarvittavat varusteet, sähkön, lämmityksen ja puhelimet

²¹ — Asia C-29/91, tuomio 19.5.1992 (Kok. 1992, s. I-3189, Kok. Ep. XII, s. I-131).

²² — Tuomion 26 kohta. Ratkaisuehdotuksensa 13 kohdassa julkisasiamies Van Gerven katsoo, että ”tosiasiallisesti tapahtui myös aineellisen liikeomaisuuden luovutus siltä osin, että Groningenin kunnan Sophie Redmondille vuokraama rakennus vuokrattiin Sigmalle 1.1.1991 lähtien”.

²³ — Ks. myös em. asia Abler ym., tuomion 42 kohta ja EFTA-tuomioistuimen asia E-2/04, Rasmussen, tuomio 10.12.2004 (ei vielä julkaistu).

²⁴ — Em. asia, tuomion 15 kohta.

²⁵ — Em. asia.

ja sitoutui huolehtimaan yleisestä tilojen ja varusteiden kunnossapidosta sekä jätehuollosta.²⁶ Ratkaisuehdotuksensa 6 kohdassa julkisasiamies Van Gerven katsoi, että kyseistä tilannetta oli arvioitava siten, että "kyse ei ollut Philipsille kuuluvan irtaimen tavaran luovutuksesta". Samalla kun yhteisöjen tuomioistuimien toteaa ainoastaan, että direktiiviä 77/187 voidaan soveltaa ulkoistamistilanteessa, se katsoo, että toimeksiantajan toisen yrityksen käyttöön antamat tuotantovälineet kuuluvat "niihin vaihteleviin etuihin, joiden yksityiskohdat määrätään" kahden yrityksen välillä "tehdystä sopimuksessa".²⁷

19. Vastaus näyttää kuitenkin löytyvän niitä seurauksia koskevasta kysymyksestä, jotka edellä mainitussa asiassa Temco annetussa tuomiossa liittyvät siihen, että toimeksiantaja antaa liikeomaisuutta toisen yrityksen käyttöön. Tässä asiassa Volkswagen antoi sen sopimuskumppaneina olevien siivousyritysten käyttöön tilojensa siivoamisessa tarvittavat välineet. Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi arvioinnin, jonka kansallinen tuomioistuin oli tehnyt tästä seikasta ja jonka mukaan mitään liikeomaisuuden siirtymistä palvelujen tarjoajalta toiselle ei ollut tapahtunut.²⁸ Nimittäin mikään ei estä sitä, että toimeksisaaja ja sen jälkeen sen seuraaja käyttävät niiden käyttöön annettua liikeomaisuutta ilman, että kyseinen omaisuus kuitenkaan kuuluu luovutettavaan yksikköön.

20. Vastoin sitä, mitä yhteisöjen tuomioistuin näyttää vahvistaneen kyseisessä asiassa annetussa tuomiossa, se on kuitenkin hyväksynyt erilaisen lähestymistavan edellä mainitussa asiassa Abler ym. annetussa tuomiossa, jossa se on tunnustanut, että tietyissä tapauksissa toimeksiantajan toteuttama liikeomaisuuden käyttöön antaminen voi johtaa liikeomaisuuden luovutukseen palvelujen tarjoajien välillä. Nimittäin kyseisessä asiassa, jossa palveluiden tarjoaja seurasi toista sairaalan ruokailupalveluiden hoitamisessa, toiminnasta vastaava laitos antoi niiden käyttöön itse tilat, veden, sähköenergian sekä välttämättömän irtaimiston ja laitteiston. Yhteisöjen tuomioistuin totesi, että "toiminnan kannalta välttämättömät aineelliset tuotantovälineet — ovat siirtyneet Sodexholle".²⁹ Kyseinen päätelmä tarkoittaa välttämättä sitä, että, kuten Saksan hallitus pani merkille suullisessa käsittelyssä, kyseiset aineelliset tuotantovälineet kuuluvat siirrettävään yksikköön, vaikka ne olivatkin jääneet sairaalan omaisuudeksi.³⁰

21. Siten, vaikka edellä mainitussa asiassa Temco annetussa tuomiossa se, että toimeksiantaja antoi käyttöön tuotantovälineet, ei aiheuttanut kyseisten välineiden sisällyttämistä siirrettävään yksikköön, asiassa Abler ym. annetussa tuomiossa tehtiin päinvastainen päätelmä.³¹ On hämmäntävää, että tämän päätelmien erisuuntaisuus ei johdu sellaisen

26 — Em. asia Watson Rask ja Christensen, tuomion 6 kohta.

27 — Em. asia Watson Rask ja Christensen, tuomiolauselman 1 kohta.

28 — Em. asia Temco, ratkaisuehdotuksen 25 kohta. Pantakoon merkille, että yhteisöjen tuomioistuin päätyi kyseisessä asiassa siihen ratkaisuun, että yrityksen luovutus palvelujen tarjoajalta toiselle oli tapahtunut myöhemmälle palvelujen tarjoajalle tapahtuneen henkilöstön pätevyydeltään olennaisen osan luovutuksen perusteella.

29 — Em. asia Abler ym., tuomion 36 kohta.

30 — Pantakoon merkille, että julkisasiamies Geelhoed ehdotti ratkaisuehdotuksensa 77 kohdassa vastakkaisena ratkaisuna, että "koska toimeksiantaja on tuotantovälineiden omistaja, se saa sopimuksen päätyttyä tuotantovälineet jälleen täysin käyttöönsä. Tätä aineellista omaisuutta ei olekaan luovutettu käsiteltävänä olevan asian tilanteessa".

31 — Tämän johtopäätöksen voitaisiin selittää johtuvan yhteisöjen tuomioistuimen halusta estää se, etteivät osapuolet sopimuksella sivuuta direktiivin 77/187 soveltamista.

arviointiperusteen soveltamisesta, jonka mukaan on mahdollista erottaa nämä kaksi tapausta. Päinvastoin, kuten Saksan hallitus väitti suullisissa huomautuksissaan, minusta näyttää siltä, että näiden oikeuskäytännön eroavuuksien voidaan selittää johtuvan toimivan arviointiperusteen puutteesta.

23. Lisäksi, kuten Kötter ja Saksan hallitus panivat merkille suullisessa käsittelyssä, sellaisen yleistyksen taloudelliset seuraukset, jota ei vahvisteta yhtenäisellä arviointiperusteella, voivat olla erityisen merkittävät, koska osatekijät, joista käydään kilpailua palvelujen tarjoajien välillä, vähenevät merkittävästi: Automaattinen yrityksen luovutuksen tunnustaminen peräkkäisten palvelujen tarjoajien välillä muuttaa henkilöstökulut kiinteiksi kuluiksi. Potentiaalisilla kilpailijoilla oleva liikkumavara erottaa palveluhankinnan kilpailuttamisesta vähenee olemattomiin, koska liikkumavara koskee ainoastaan henkilöstön pätevyyteen liittyviä järjestelyjä.³⁴

22. Tähän oikeuskäytännön horjuvuuteen nähden ja vastoin sitä, mitä Securicor väittää, on vältettävä yleistystä, joka tarkoittaa, että kaikenlainen toimeksiantajan toteuttama tuotantovälineiden käyttöön antaminen tarkoittaisi samaa kuin mainittujen välineiden sisällyttäminen siirrettävään yksikköön. Tässä tapauksessa, kuten Saksan hallitus totesi suullisessa käsittelyssä, jokainen tilanne, jossa palvelujen tarjoaja seuraa toista hankintatoimeksiannon täytäntöönpanossa katsottaisiin yrityksen luovutukseksi pelkästään sillä edellytyksellä, että toimeksiantaja on antanut liikeomaisuutta niiden käyttöön. Pelkästään se seikka, että yritys menettää toimeksiannon kilpailijalle, on näin ollen vastoin yhteisöjen tuomioistuimen vakiintunutta oikeuskäytäntöä vaarassa rinnastua yrityksen luovutukseen.³² Rajalinja yrityksen luovutuksen ja toiminnan luovutuksen välillä hämärtyy uudelleen.³³

24. Selvän erotteluperusteen puuttuessa oikeuskäytännöstä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin, jota Saksan hallitus tukee, ehdottaa, että vastauksen antaminen siihen, kuuluuko hankintaviranomaisen toimeksisaajan käyttöön antama liikeomaisuus sitä käyttävälle toimeksisaajalle vai ei, riippuu "itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä" koskevasta käsitteestä.

32 — Em. asia Stizen, tuomion 16 kohdassa todetaan, että "pelkästään se seikka, että yritys menettää toimeksiannon kilpailijalle, ei yksinään voi osoittaa, että kyseessä olisi direktiivissä tarkoitettu luovutus. Vaikka palveluyritys, jolle toimeksianto aiemmin oli annettu, menettää yhden asiakkaan, se ei tällaisessa tilanteessa tästä huolimatta ole olemassa vähemmän kokonaisena, eikä voida katsoa, että yksi sen liikkeistä tai liiketoiminnan osista olisi luovutettu uudelle toimeksiannon saajalle".

33 — Tämän sekaannuksen vaaroista ks. esim. J. Déprezin kronikka, RJS, 1995, nro 5, s. 315 tai vielä Bailly, P., *Le flou 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*, 1995, s. 129.

III Itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskeva arviointiperuste

25. Bundesarbeitsgerichtin oikeuskäytännön mukaan itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskevan arviointiperusteen mukaisesti toimeksiantajan käyttöön antamat tuotantovälineet tulevat siirrettävän taloudellisen yksikön olennaiseksi osaksi sillä edellytyksellä, että palvelujen tarjoajalla on mahdollisuus vapaasti hallinnoida kyseisiä tuotantovälineitä oman taloudellisen intressinsä mukaan.

26. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ja Saksan hallituksen mukaan kyseisellä arviointiperusteella voidaan selittää yhteisöjen tuomioistuimen asiassa Abler ym. annetussa tuomiossa omaksumaa kantaa.³⁵ Nimittäin Sodexho sai vapaasti käyttää taloudellisesti hyväkseen sen hallinnassa olevaa keittiötä. Se toimi sen oman taloudellisen intressinsä mukaisesti ruokalistojen suunnittelussa samoin kuin muiden asiakkaiden kuin sairaalan asiakastoimituksissa. Lisäksi kunnossapitokustannukset olivat näiden tuotantovälineiden käyttäjän vastuulla. Sitä vastoin Saksan hallitus esittää nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, että Securicorin käyttöön annettuja matkustajien turvatarkastuksiin liittyviä laitteita ei voida katsoa siirrettävän yksikön olennaiseksi osaksi, sillä se ei saanut mitään liikkumavaraa niiden käytön osalta.

35 — Saksalaisessa oppissa on sitä vastoin tuotu esille vaara asiassa Abler ym. annetun tuomion ja itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskevan arviointiperusteen välisestä ristiriidasta. Ks. Adam, R., *Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des § 613a BGB*, Monatsschrift für Deutsches Recht, 2004, nro 16, s. 909; Willemsen, H. J., ja Annuss, G., *Auftragsnachfolge — jetzt doch ein Betriebsübergang?*, Der Betrieb, 2004, nro 3, s. 134.

27. Ennen kuin arvioidaan ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ehdottaman arviointiperusteen merkityksellisyyttä, on viitattava direktiivin 2001/23 1 artiklan 1 kohdan b alakohdan sanamuotoon, jossa taloudellinen yksikkö määritetään "pää- ja sivutoimisen taloudellisen toiminnan harjoittamiseksi järjestetyksi resurssikokonaisuudeksi". Mikään kyseisen artiklan sanamuodossa ei edellytä tai estä sellaisen arviointiperusteen kehittämistä, jonka avulla on mahdollista määrittellä ne tilanteet, joissa liikeomaisuuden käyttöön antaminen tarkoittaa todellisuudessa tämän liikeomaisuuden luovutusta toimeksiantajalta toimeksisaajalle.

28. Kuitenkin jäljempänä esitettyjen syiden vuoksi minusta näyttää, että itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskeva arviointiperuste, sellaisena kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on sitä ehdottanut, ei ole toimiva.

29. Ensinnäkin, ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ehdottama arviointiperuste ei nojaudu mihinkään lainsäädännölliseen perusteluun. Nimittäin eroa sellaisen tilanteen, jossa on kyse itsenäisestä taloudellisesta hyväksikäytöstä, ja muuta ilman tämän tyyppistä hyväksikäyttöä koskevan tilanteen välillä ei ole tehty työntekijöiden suojan varmistamiseksi eikä sisämarkkinoiden toteutumisen mahdollistamiseksi. Mitään perustelua tälle erilaiselle kohtelulle ei anneta. Koska erottelua ei ole liitetty yhteenkään direktiivillä ajettuun tavoitteeseen, tämä horjuttaa ehdotetun arviointiperusteen uskottavuutta.

30. Toiseksi, itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskevan arviointiperusteen sivuuttamiseksi ei kuitenkaan ole riittävää todeta, että tämä arviointiperuste merkitsee joissakin tapauksissa direktiivin 2001/23 soveltamisalan rajoittamista. Vaikka on kiistatonta, että mainitussa direktiivissä pyritään ensisijaisesti suojaamaan työntekijöitä, sillä pyritään myös sisämarkkinoiden toteutumiseen, kuten osoittaa sen EY 94 artiklan nojalla tapahtunut antaminen. Siten ei voida esittää, kuten komissio ja Securicor tekevät, että direktiivin 2001/23 tarkoitus tai tehokas vaikutus asetetaan kyseenalaiseksi pelkästään sen seikan vuoksi, että se ei sovellu kaikkiin peräkkäisiin palvelujen tarjoajia koskeviin tilanteisiin vaan ainoastaan niihin, jotka vastaavat yrityksen luovutusta.³⁶

31. Kolmanneksi, vaikka on kiistatonta, että Securicorille sallitaan vähemmän joustoa turvalaitteiden käytössä kuin ruokalaa hoitavalla yrityksellä on keittiön osalta, tästä ei kuitenkaan seuraa, että tuotantovälineiden luovutus olisi tapahtunut ainoastaan jälkimmäisessä tapauksessa. Kuten komissio totesi suullisessa käsittelyssä, näiden kahden tilanteen välillä on ainoastaan aste-ero: Molemmat yritykset säilyttävät tietyn jouston niiden tavassa järjestää toimintansa niiden tuotan-

tovälineiden avulla, jotka niillä on käytettävissään.³⁷

32. Lisäksi itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskeva arviointiperuste on vaarassa nostaa esille tapauskohtaiset pohdinnat, joiden lopputulosta yritysten on vaikea ennakoita, mikä heikentää niiden oikeusturvaa. Tältä osin on riittävää viitata Saksan hallituksen esittämien huomautusten liitteenä olevaan Bundesarbeitsgerichtin 25.5.2000 antamaan tuomioon sen toteamiseksi, että kyseinen arviointiperuste vaatii todellisuudessa yksityiskohtaista arviointia siitä itsenäisyydestä, joka palvelujen suorittamista koskevassa sopimuksessa on annettu yritykselle, joka on vastuussa tämän suorituksen toteuttamisesta. Koska palvelujen tarjoajat saavat välttämättä tietyn taloudellisen itsemääräämisoikeuden suhteessa toimeksiantajaan, tällä arviointiperusteella ei ole mahdollista rajata sitä, missä tapauksissa liikeomaisuuden luovutus on tapahtunut.

33. Lopuksi olen samaa mieltä komission kanssa siitä, että itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskeva arviointiperuste antaa liiallisen merkityksen toimeksiantajan ja palvelujen tarjoajan välisille sopimusmääräyksille. Jos tehdyn sopimuksen sisältö olisi ratkaiseva yrityksen luovutuksen hyväksymiseksi, sopimuskumppaneille annettaisiin näin

³⁶ — Kyseinen erottelu vastaa edellä esitettyä toiminnan luovutuksen ja yrityksen luovutuksen välillä tehtyä erottelua.

³⁷ — Ks. myös em. yhdistetyt asiat Hidalgo ym., tuomion 27 kohta, jossa todetaan, että ”siihen, sisältyykö jonkin tehtävän tarjouskilpailun tuloksena hoitaakseen saaneeseen yritykseen riittävän organisoinut ja itsenäinen liiketoimintakokonaisuus, ei lähtökohtaisesti vaikuta se muutoin varsin yleinen asiointi, että tämän yrityksen on noudatettava tarjouskilpailun järjestävän viranomaisen sille asettamia täsmällisiä velvoitteita. Vaikka tämän viranomaisen vaikutusvalta asianomaisen yrityksen tarjoamiin palveluihin nimittäin saattaa joskus olla suuri, tällä yrityksellä kuitenkin yleensä säilyy tietty, joskin rajoitettu vapaus kyseisen palvelun järjestämisessä ja toteuttamisessa, eikä tätä tehtävää ole mahdollista tulkita pelkästään yrityksen henkilöstön asettamiseksi asianomaisen viranomaisen käyttöön”.

ollen mahdollisuus kiertää direktiivin 2001/23 soveltamista. Toimeksiantajan ja hankintatoimeksiannon toteuttajaksi hyväksytyn palvelujen tarjoajan välisten sopimusmääräysten huomioon ottaminen täytyy sitä vastoin liittää nyt käsiteltävänä olevan asian erinäisten seikkojen objektiiviseen arviointiin.³⁸

34. Loppujen lopuksi sopimusmääräyksestä, jossa määrätään toimeksiantajan suorittamasta liikeomaisuuden käyttöön antamisesta, ei voi *automaattisesti* johtua, että liikeomaisuuden luovutuksen katsotaan tapahtuneen kahden palvelujen tarjoajan välillä. Muussa tapauksessa tästä seuraisi sekaannus toiminnan säilyttämisen ja yrityksen säilyttämisen välillä.³⁹ Nimittäin pelkästään toimeksiantajan suorittama liikeomaisuuden käyttöön antaminen aiheuttaisi yrityksen luovutuksen palvelujen tarjoajien välillä.

35. Näihin päätelmiin nähden minusta näyttää siltä, että itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä koskeva arviointiperuste ei ole toimiva, sillä yhtäältä sen avulla ei ole mahdollista rajata niitä tapauksia, joissa tuotantovälineet, vaikkakin ne ovat toimeksiantajan käyttöön antamat, itse asiassa tulevat erillisen taloudellisen yksikön osaksi ja toisaalta lainsäädännöllinen perustelu puuttuu.

36. Komission ja Securicorin edellä mainitussa asiassa Abler ym. annetusta tuomiosta tekemien tulkintojensa valossa ne ehdottavat, että ratkaisevaa olisi selvittää, ovatko käyttöön annetut tuotantovälineet välttämättömiä kyseisten palvelujen suorittamisessa. Kuitenkin tällä vaihtoehtoisella arviointiperusteella ei oteta huomioon sille toimeksisaajalle jätetyn valinnanvaran puuttumista, joka kerran saatuaan toimeksiannon on sidottu toimeksiantajan kanssa tehdyssä sopimuksessa määrättyihin ehtoihin. Lisäksi, näyttää johdonmukaiselta olettaa, että toimeksiantaja antaa palvelujen tarjoajan käyttöön ainoastaan ne tuotantovälineet, jotka ovat tarpeen tälle osoitetun toimeksiannon toteuttamiseksi.

37. Lisäksi, vaikka yhteisöjen tuomioistuin kyllä mainitsi edellä mainitussa asiassa Abler ym. annetussa tuomiossa, että toimeksisaajan käyttöön annetut tuotantovälineet eli erilaiset keittiövälineet olivat välttämättömiä kyseisen toimeksiannon toteuttamisessa eli aterioiden toimittamisessa, mikään kyseisessä tuomiossa ei osoita, että tämä ominaisuus olisi ollut ratkaiseva. Lopuksi, kyseisellä arviointiperusteella ei voida ratkaista edellä mainituissa asioissa Abler ym. ja Temco annettujen tuomioiden välillä todettua ristiriitaa, koska tässä viimeksi mainitussa asiassa toimeksiantajan käyttöön antamat tuotantovälineet olivat myös välttämättömiä palvelujen suorittamisen toteuttamiseksi.

38 — Asia 24/85, Spijkers, tuomio 18.3.1986 (Kok. 1986, s. 1119, 13 kohta).

39 — Tämä on em. asiassa Abler ym. annetun tuomion piilevä vaara siltä osin kuin sitä voidaan lukea siten, että yrityksen luovutus perustuu pelkästään siihen seikkaan, että toimeksiantaja antaa tuotantohädykkeitä palvelujen tarjoajan käyttöön. Kuitenkaan ei voida sulkea pois sitä, että käyttöön annettua liikeomaisuutta ei voida siirtää palvelujen tarjoajalta toiselle erityisesti, jotta vältetään se, että sopimuskuippinit pyrkivät niiden luiketoimisissaan sivuuttamaan direktiivin 2001/23 soveltamisen.

38. Vaikka ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen ehdottama arviointiperuste ja komission ja Securicorin esittämä arviointi-

peruste eivät näytä minusta esitettyjen syiden takia vakuuttavilta, on vielä täsmennettävä, täytyykö toimeksiantajan toteuttamalla liikeomaisuuden käyttöön antamisella olla vaikutusta yrityksen luovutuksen määrittämiseksi palvelujen tarjoajien välillä.

39. Siinä tapauksessa, että toimeksiantajan ja peräkkäisten palvelujen tarjoajien välillä tehdään samanlaiset palvelusopimukset, siirretävän taloudellisen yksikön ääriviivat ovat erityisen hankalasti tunnistettavissa, koska useista kyseisen yksikön osatekijöistä määrätään sopimuksella. Siten toimeksiannon yhteydessä hyväksytylle sopimukselle on ominaista, että palvelujen tarjoajan asiakas-kunta pysyy samana. Samoin peräkkäisten palvelujen tarjoajien näkökulmasta käyttöön annetut osatekijät ovat vakio yhtälössä, joka niiden täytyy ratkaista, jotta ne voivat esittää tarjouksen, samalla tavalla kuin esimerkiksi Securicorin ja Kötterin tapauksessa Düsseldorfin lentokentän sijainti tai jopa sen pohjapiirustus. Nimittäin, toimeksiantajan käyttöön antamia samoja tuotantovälineitä käyttävät kaikki peräkkäiset palvelujen tarjoajat ilman, että niillä on liikkumavaraa tältä osin. Toisin sanoen käyttöön annetut tuotantovälineet ovat peräkkäisten palvelujen tarjoajien valvontapiirin ulkopuolella ja näin ollen niiden ei voida katsoa kuuluvan siirretävään organisoituun yksikköön.

40. Tämän vuoksi yrityksen luovutuksen olemassaolon määrittämiseksi nyt käsiteltä-

vänä olevassa asiassa on syytä asiassa Spijkers⁴⁰ annetussa tuomiossa määritettyjen arviointiperusteiden mukaisesti keskittyä taloudellisen yksikön niiden seikkojen arviointiin, jotka ovat ominaisia palvelujen tarjoajalle. Ainoastaan tällä tavoin voidaan varmistua, että luovutus koskee itsenäistä taloudellista yksikköä direktiivin 2001/23 1 artiklan sanamuodon ja tavoitteen mukaisesti. Siltä osin kuin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin nojautuu ainoastaan kysymykseen itsenäisestä taloudellisesta hyväksikäytöstä, sen esittämään ensimmäiseen kysymykseen on vastattava kieltävästi. Näin ollen vastaus toiseen kysymykseen on myös kieltävä.

41. Kun otetaan huomioon, että Arbeitsgericht Düsseldorfissa nyt käsiteltävinä olevissa asioissa Saksan liittotasavalta toimitti Securicorille ja sen jälkeen Kötterille osoitetun turvatarkastustoiminnan harjoittamiseksi tarpeelliset tuotantovälineet, yrityksen luovutuksen olemassaolo näiden kahden palvelujen tarjoajan välillä on osoitettava kyseiseen käyttöön antamiseen liittyvistä erillisistä seikoista lähtien.

42. Kuten Saksan hallitus huomauttaa kirjallisissa huomautuksissaan, kansallisen tuomioistuimen kysymykset koskevat ainoastaan yhtä luovutuksen arvioinnin kannalta hyödyllistä seikkaa. Ehdotetusta vastauksesta kuitenkin johtuu, että kyseisen seikan eli käyttöön annettujen tuotantovälineiden luo-

40 — Em. asia, tuomion 13 kohta, jossa todetaan, että "on otettava huomioon kaikki kyseessä olevaa liiketoimea kuvaavat tosiseikat, ja erityisesti, millaisesta yrityksestä tai liikkeestä on kysymys, onko rakennuksia, irtaimistoa tai muuta sellaista aineellista omaisuutta luovutettu, minkä arvoinen aineeton omaisuus on luovutushetkellä ollut, onko pääosa henkilöstöstä otettu uuden työnantajan palvelukseen, onko asiakas-kunta siirtynyt, miten samanlaista ennen luovutusta ja sen jälkeen harjoitettu toiminta on ollut, ja vielä se, kuinka pitkään ajan tämä toiminta mahdollisesti on ollut keskeytyneenä".

vuttamisen ei pitä olla ratkaiseva. Kun otetaan huomioon asiakirjoista ilmi käyvät seikat ja jotta ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle voidaan antaa tämän asian ratkaisun kannalta hyödyllinen vastaus, on siten tarkasteltava ehdotetun arvioinnin seurauksia nyt käsillä olevan asian tosiseikkoihin.

IV Ehdotetun arvioinnin seuraukset nyt käsiteltävänä olevan asian kannalta

43. Ennen asian tosiseikkoja koskevaa tarkastelua on tarpeen muistuttaa niistä edellytyksistä, joiden perusteella yrityksen luovutus voi tapahtua silloin, kun liikeomaisuutta ei luovuteta.

44. Edellä mainitussa asiassa Redmond Stichting yksi ennakkoratkaisun kohteena oleva kysymys koski niitä seurauksia, jotka aiheutuivat siitä, ettei irtaimistoa luovutettu. Samalla, kun yhteisöjen tuomioistuin siirsi kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi kyseisen seikan liittämisen osaksi sen suorittamaa kokonaisarviointia, se pani merkille, että "se, ettei irtaimistoa ole luovutettu, ei sinänsä näytä olevan esteenä direktiivin sovelletta- vuudelle".

45. Kuitenkin edellä mainitussa asiassa Liikenne annetussa tuomiossa sen jälkeen, kun yhteisöjen tuomioistuin oli todennut, ettei liikeomaisuutta ollut luovutettu kahden

linja-autoyhtiön välillä, se sivuutti direktiivin 2001/23 soveltamisen, vaikka osa henkilöstöä oli siirretty yritykseltä toiselle.

46. Kyseiset näennäisesti ristiriitaiset ratkaisut osoittavat sen toiminnan luonteen alustavan määrittämisen merkitystä, jota mahdollinen luovutus koskee. Nimittäin yrityksen luovutuksen olemassaolon osoittamisen kannalta merkitykselliset seikat riippuvat siitä, minkä tyyppistä toimintaa taloudellinen yksikkö harjoittaa.⁴¹

47. Yhteisöjen tuomioistuin esitteli tämän arviointiperusteen sellaisten toimintojen yhteydessä, jotka liittyvät työvoimavaltaisiin toimialoihin ja niitä suorittavan henkilöstön pätevyyteen, ja kyseisen arviointiperusteen nojalla se teki päätelmän, että "yhteisen toiminnan piirissä pysyvästi työskentelevien työntekijöiden ryhmä voi vastata taloudellista kokonaisuutta".⁴² Tästä seuraa, että tämän tyyppisen toiminnan osalta "on myönnettävä, että tällainen kokonaisuus voi säilyttää identiteettinsä luovutuksen jälkeenkin, kun uusi työnantaja ei pelkästään tyydy jatkamaan kyseistä toimintaa vaan kun se myös ottaa palvelukseensa sekä lukumääräisesti että pätevyyden osalta olennaisen osan siitä henkilökunnasta, jonka sen edeltäjä oli erityisesti osoittanut hoitamaan tätä toimintaa".⁴³

41 — Em. asia Süzen, tuomion 18 kohta; em. yhdistetyt asiat Hernandez Vidal ym., tuomion 31 kohta; em. yhdistetyt asiat Hidalgo ym., tuomion 31 kohta; em. asia Liikenne, tuomion 35 kohta ja em. asia Abler ym., tuomion 35 kohta.

42 — Em. asia Süzen, tuomion 21 kohta. Yhteisöjen tuomioistuimen käyttöön ottamalla kyseisellä erottelulla pyritään estämään se, että työntekijöille myönnetty suoja olisi vähäisempi, jos he työskentelevät erityisen työvoimavaltaisella toimialalla.

43 — Idem.

48. Sitä vastoin, jos kyseinen toiminta ei liity työvoimavaltaisiin toimialoihin eikä sitä suoriuttavan henkilöstön pätevyyteen, yrityksen luovutuksen olemassaolo edellyttää periaatteessa sen toteamista, että yritysten välillä on tapahtunut liikeomaisuuden luovutus.⁴⁴

49. Tästä oikeuskäytännöstä seuraa, että sen vahvistamiseksi, että yrityksen luovutus on tapahtunut, on ennakolta määriteltävä, minkä tyyppisestä toiminnasta on kyse. Bundeswehrin (liittovaltion armeija) lääkintävarikon vartiointi määriteltiin erityisen työvoimavaltaisen toimialan piiriin ja sen henkilöstön pätevyyteen liittyväksi toiminnaksi.⁴⁵ Nyt käsiteltävänä olevassa asiassa, kuten Securicor toteaa kirjallisissa huomautuksissaan, toisin kuin pelkässä vartiointitoiminnassa lentokentän turvatarkastuksia koskevassa toiminnassa tarvitaan erityisiä ja pitkälle kehitettyjä turvalaitteita. Mutta, vastoin sitä, mitä Securicor antaa ymmärtää, lentokentän turvatarkastuksista vastaavalle yritykselle asetettu tulosvelvollisuus ei näytä olevan merkityksellinen kyseisen toiminnan erottamiseksi vartiointitoiminnasta, koska se ei vaikuta kyseisen taloudellisen yksikön organisaatioon.

50. Vaikka sen arviointi, mikä merkitys direktiivissä 2001/23 tarkoitetun luovutuksen olemassaoloa koskeville erilaisille arviointiperusteille annetaan, kuuluu ensisijaisesti ennakkoratkaisua pyytäneelle tuomioistuimelle, asiakirjoista näyttää käyvän ilmi, että toimeksiantajan käyttöön antama erityinen liikeomaisuus ja pätevä henkilöstö muodostavat taloudellisen yksikön, jonka toimintaan kuuluu matkatavaroiden ja matkustajien turvatarkastukset lentokentällä.

51. Koska toimeksiantaja on joka tapauksessa antanut erityiset turvalaitteet peräkkäisten palvelujen tarjoajien käyttöön, on tutkittava, onko Securicorin ja Kötterin välisessä luovutuksessa kyseessä sekä lukumääräisesti että pätevyydeltään olennainen osa siitä henkilöstöstä, joka oli määrätty toimeksiannon toteuttamiseen.⁴⁶

52. Näyttää ilmeisen paradoksaaliselta tehdä päätelmä yrityksen luovutuksen tapahtumisesta riippuvaiseksi työnantajan henkilöstön ja henkilöstön pätevyyden luovuttamisesta toiselle, vaikka periaatteessa kyse on seu-

44 — Yhteisöjen tuomioistuin on esimerkiksi vahvistanut, että "linja-autokuljetusta ei kuitenkaan voida pitää erityisen työvoimavaltaisena toimialana, koska toiminta edellyttää huomattavaa kalustoa ja laitteita" (em. asia Liikenne, tuomion 39 kohta). Näin ollen "se, ettei tällaista omaisuutta, joka on välttämätöntä taloudellisen kokonaisuuden asianmukaiselle toiminnalle, ole merkittävässä määrin siirtynyt hankintasopimuksen aiemmalta sopimuspuolelta uudelle, merkitsee, ettei kokonaisuuden voida katsoa säilyttävän identiteettiään" (em. asia Liikenne, tuomion 42 kohta). Siten kahden linja-autoliikennettä hoitavan yhtiön välillä ei ollut kyse yrityksen luovutuksesta, koska jälkimmäinen ei ollut saanut ensimmäisellä käytössä olleita ajoneuvoja.

45 — Em. yhdistetyt asiat Hidalgo ym., tuomion 26 kohta.

46 — Kyseinen arviointiperuste tuodaan esiin em. asiassa Süzen annetussa tuomiossa ja esitetään uudelleen em. asiassa Temco annetun tuomion 33 kohdassa.

rauksesta, joka johtuu yrityksen luovutuksen tunnustamisesta.⁴⁷ Tämä arviointiperuste kuitenkin liitetään tosiseikkojen kokonaisarviointiin. Siitä tulee tärkeä ainoastaan silloin, kun kyse ei ole liikeymälisyyden luovutuksesta ja kun on tarpeen yksilöidä sellaisia muita seikkoja, joista luovutettava yksikkö voi muodostua. Lisäksi se ei tiukasti liity henkilöstön siirtämiseen sellaisenaan vaan pikemminkin henkilöstön sen erityisen pätevyyden siirtämiseen, jota tarkastellaan organisoituneen yksikön muodostavana tekijänä. Tavoitteena on estää se, etteivät luovutuksen osapuolet voi vapaasti sivuuttaa direktiivin 2001/23 soveltamista.

53. Lisäksi, vaikka direktiivissä 2001/23 tarkoitettua yrityksen luovutuksen määrittämisen seurauksena tosin on, että luovutettua yksikön työnantaja on velvollinen pitämään voimassa työsuhtesopimukset,⁴⁸ mikään ei kuitenkaan estä sitä, että se toteuttaa sellaista uudelleenorganisointia, joka sisältää tarvittaessa irtisanomisia, sillä varauksella, että ne eivät ole suoraan sidoksissa yrityksen luovutukseen.⁴⁹

54. Lopuksi, Saksan liittotasavallan väitteellä, jonka mukaan sopimusten voimassa pitämisellä on erityisiä vaikutuksia Saksassa sen vuoksi, että voimassa oleva työlaainsäädäntö on jäykkä, ei ole vaikutusta. Vakiintuneesta oikeuskäytännöstä nimittäin seuraa, että jäsenvaltio ei voi vedota kansalliseen lainsäädäntöönsä yhteisön direktiivin soveltamisen sivuuttamiseksi.

55. Kiistatonta on, että Kötter otti palvelukseen 167 Securicorin aikaisemmin palkkaamasta ja Saksan liittotasavallan lukuun Düsseldorfin lentokentällä matkustajien ja matkatavaroiden turvatarkastustoimintoihin määräämästä 295 työntekijästä. Kyseiset työntekijät saivat erityiskoulutuksen kyetäkseen suorittamaan heille osoitetut turvatarkastuksia koskevat tehtävät.

56. Siten ei voida sulkea pois sitä, että Kötterille luovutettiin edeltäjänsä henkilöstön pätevyydeltään olennainen osa. Jos asia on näin ja sillä varauksella, ettei kansallisen tuomioistuimen kaikkien asiassa merkityksellisten tosiseikkojen tutkinnasta muuta johdu, asiassa näyttää olevan useita seikkoja, joiden perusteella voidaan tehdä se päätelmä, että Securicorin ja Kötterin välillä on tapahtunut direktiivissä 2001/23 tarkoitettu yrityksen luovutus.

47 — Ks. esim. em. yhdistetyt asiat Hernandez Vidal ym., julkisasiamies Cosmasin ratkaisuehdotuksen 80 kohta. Tämä paradoksi tuodaan esille myös oikeuskirjallisuudessa. Ks. Davies, *Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again*, 1997, 26 IJL 193; Engels, C., ja 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 ja 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, joka esittää em. asiassa Abler ym. annettua tuomiota koskevassa kommentaarissaan vakuuttavan vasta-argumentin tämän suuntaiselle päätelylle. Hän korostaa, että liiketoimen osapuolena olevilla yrityksillä on välttämättä toimivaltaa päättää niiden tekemää liiketointia koskevasta liikeymälisyydestä.

48 — Direktiivin 2001/23 3 artikla.

49 — Direktiivin 2001/23 4 artikla. Ks. myös Hunt, J., *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, s. 336.

V Ratkaisuehdotus

57. Ehdotan sen vuoksi, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Arbeitsgericht Düsseldorfin esittämiin kysymyksiin seuraavasti:

Kun toimeksiantaja antaa peräkkäisten toimeksisaajien käyttöön hankinnan toteuttamisessa tarpeelliset tuotantovälineet ja hankintasopimusta tehtäessä palvelujen tarjoaja ei luovuta liikeomaisuutta toiselle palvelujen tarjoajalle, työntekijöiden oikeuksien turvaamista yrityksen tai liikkeen taikka yritys- tai liiketoiminnan osan luovutuksen yhteydessä koskevan jäsenvaltioiden lainsäädännön lähentämisestä 12 päivänä maaliskuuta 2001 annetussa neuvoston direktiivissä 2001/23/EY tarkoitettu yrityksen luovutus palvelujen tarjoajalta toiselle ei ole riippuvainen siitä edellytyksestä, että kyseiset tuotantovälineet luovutetaan palvelujen tarjoajan itsenäistä taloudellista hyväksikäyttöä varten, vaan luovutuksen olemassaoloa on tämän käyttöön antamisen sijasta arvioitava muiden suoraan palvelujen tarjoajasta johtuvien seikkojen, kuten henkilöstön pätevyydeltään olennaisen osan luovutuksen perusteella.