

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO

M. POIARES A MADURA

przedstawiona w dniu 16 czerwca 2005 r.¹

1. Niniejsza sprawa wymaga od Trybunału ponownego sprecyzowania granic pojęcia „przejęcie” w rozumieniu art. 1 dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów² (Dz.U. L 82, str. 16). W istocie Arbeitsgericht Düsseldorf (Niemcy) skierował do Trybunału, w dwóch odrębnych postanowieniach odsyłających z dnia 5 maja 2004 r., pytania dotyczące stosowania tej dyrektywy w przypadku przejęcia od jednego usługodawcy przez drugiego zamówienia na usługi obejmującego kontrolę pasażerów na lotnisku w Düsseldorfie. W szczególności sąd krajowy pragnie się dowiedzieć, jakie są konsekwencje udostępnienia zleceńbiorncom przez zamawiają-

cego³ niektórych składników przedsiębiorstwa.

I — Stan faktyczny, ramy prawne i pytania prejudycjalne

2. Na mocy umowy zawartej w dniu 24 marca/5 kwietnia 2000 r. z Republiką Federalną Niemiec spółka Aviation Defence International Germany Ltd została zobowiązana do kontroli bagażu i pasażerów na lotnisku w Düsseldorfie. Spółka Securicor Aviation (Germany) Ltd (zwana dalej „Securicor”) przejęła wykonanie umowy. Pismem z dnia 5 czerwca 2003 r. spółka Securicor została zawiadomiona, że jej misja kontroli nie zostanie przedłużona po dniu 31 grudnia 2003 r., ponieważ zamówienie obejmujące wykonywanie zadań z zakresu bezpieczeństwa lotniczego na lotnisku zostało przejęte przez spółkę Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG (zwaną dalej „Kötter”). Spółka ta

1 — Język oryginalny: portugalski.

2 — Dyrektywa ta kodyfikuje zmiany do dyrektywy Rady 77/187/EWG z dnia 14 lutego 1977 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz.U. L 61, str. 26), wniesione przez dyrektywę Rady 98/50/WE z dnia 29 czerwca 1998 r. (Dz.U. L 201, str. 88).

3 — W dalszej części tekstu pojęcia „zleceńbiornca” i „zamawiający” używane są zamiennie.

rozpoczęła wykonywanie tej działalności w dniu 1 stycznia 2004 r.

3. Zgodnie z warunkami umowy, które nie uległy zmianie w momencie zmiany zleceniobiorcy, Republika Federalna Niemiec udostępnia zleceniobiorcy urządzenia służące do zapewnienia bezpieczeństwa lotniczego niezbędne do przeprowadzania kontroli oraz jest zobowiązana do ich konserwacji. Wśród tych urządzeń znajdują się bramki wykrywające, przenośniki wyposażone w automatyczny system kontroli promieniami Roentgena (urządzenia do kontroli bagażu oraz urządzenia prześwietlające), ręczne wykrywacze metalu, a także wykrywacze materiałów wybuchowych.

4. Umowa przewiduje również, że zleceniobiorca musi przestrzegać art. 29 lit. c) ust. 1 ustawy o ruchu lotniczym (Luftverkehrsgesetz), zgodnie z którym „obowiązkiem władz lotniczych jest zapewnianie ochrony przed naruszeniami bezpieczeństwa transportu lotniczego, zwłaszcza przed porwaniami statków powietrznych oraz aktami sabotażu. Właściwość terytorialna władz lotniczych rozciąga się w tym celu na całą strefę portu lotniczego. W zakresie w jakim wykonywanie tych zadań wymaga przeszukiwania osób oraz przeszukiwania, inspekcji lub wszelkich innych form kontroli przedmiotów, władze lotnicze mogą zwracać się o pomoc do osób wykwalifikowanych jako pracowników pomocniczych, którzy powinni wykonywać swoje funkcje pod nadzorem tych władz”⁴.

5. W konsekwencji pracownicy zleceniobiorcy przydzieleni do zadań kontrolnych powinni przejść specjalne czterotygodniowe szkolenie oraz zdać egzamin asystenta bezpieczeństwa lotniczego, aby uzyskać upoważnienie od władz publicznych na przeprowadzanie kontroli.

6. Nurten Güney-Görres i Gül Demir były zatrudnione odpowiednio od dnia 26 kwietnia 2000 r. oraz od dnia 7 maja 2001 r. w charakterze pracowników ochrony i z tego tytułu podlegały przepisom art. 29 lit. c) ustawy o ruchu lotniczym. W dniu 26 listopada 2003 r. Securicor wysłała do każdej z nich pismo zawierające rozwiązanie umów o pracę za wypowiedzeniem, ze skutkiem na dzień 31 grudnia 2003 r. W celu ustalenia, że umowy o pracę trwają nadal z nowym zleceniobiorcą, z racji przejścia przedsiębiorstwa, pracownice złożyły do Arbeitsgericht Düsseldorf pozwy, które wpłynęły do sądu w dniu 18 grudnia 2003 r.

7. Pojęcie „przejęcia” przedsiębiorstwa jest zdefiniowane w art. 1 ust. 1 dyrektywy 2001/23, który stanowi:

„a) Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do każdego przypadku przejścia

⁴ — Ustawa ta jest cytowana w wersji ogłoszonej w dniu 27 marca 1999 r. (BGBl. 1999 I, str. 550), ostatnio zmienionej ustawą z dnia 6 kwietnia 2004 r. (BGBl. 2004 I, str. 550).

przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa [lub] zakładu przez innego pracodawcę w wyniku prawnego przeniesienia własności [rozporządzenia w drodze umowy] lub łączenia.

- b) Zgodnie z lit. a) i dalszymi postanowieniami niniejszego artykułu, przejęcie w rozumieniu niniejszej dyrektywy następuje wtedy, kiedy przejmowana jest jednostka gospodarcza, która zachowuje swoją tożsamość, oznaczającą zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa, czy pomocnicza”⁵.

8. Przepis ten został transponowany do prawa niemieckiego przez § 613a Bürgerliches Gesetzbuch, którego ust. 1 stanowi w szczególności, że „w razie przejęcia zakładu lub jego części w drodze czynności prawnej przez innego właściciela wstępuje on w prawa i obowiązki wynikające z umów o pracę istniejących w chwili przejęcia”.

9. Według Arbeitsgericht Düsseldorf występowanie przejęcia przedsiębiorstwa zależy od ewentualnego przejęcia składników przed-

siębiorstwa, czyli urządzeń służących do zapewnienia bezpieczeństwa lotniczego, od spółki Securicor przez spółkę Kötter. Stwierdzone zostało tymczasem, że Kötter użytkuje te same składniki przedsiębiorstwa co Securicor, udostępnione przez zamawiającego. Sąd krajowy pyta, czy okoliczność ta wystarczy, aby wnioskować o występowaniu przejęcia zakładu w rozumieniu art. 1 dyrektywy 2001/23, zgodnie z wykładnią tego pojęcia dokonaną przez Trybunał w wyroku w sprawie Abler i in.⁶ W tym wyroku bowiem Trybunał opierając się na udostępnieniu składników aktywów przez zleceniodawcę doszedł do wniosku, że miało miejsce przejęcie przedsiębiorstwa przez jednego usługodawcę od drugiego. Wątpliwości sądu krajowego dotyczą także wykładni pojęcia „przejęcie” w orzecznictwie Bundesarbeitsgericht, który twierdzi, że składniki przedsiębiorstwa udostępnione zleceniobiorcy mogą być utożsamiane ze składnikiem tego ostatniego tylko w przypadku „samodzielnego gospodarczego wykorzystania”⁷. W konsekwencji w dwóch odrębnych postanowieniach z dnia 3 maja 2004 r., połączonych na mocy zarządzenia prezesa Trybunału z dnia 9 lipca 2004 r. z uwagi na identyczność zadanych pytań, Arbeitsgericht de Düsseldorf skierował do Trybunału następujące pytania:

- „1) Czy przy ocenie zaistnienia przejęcia zakładu na podstawie art. 1 dyrektywy 2001/23/WE w przypadku udzielenia

5 — Definicja ta nie została zmieniona w stosunku do wersji wynikającej z dyrektywy 98/50.

6 — Wyrok z dnia 20 listopada 2003 r. w sprawie C-340/01, Rec. str. I-14023).

7 — Wyrok ósmej izby Bundesarbeitsgericht z dnia 11 grudnia 1997 r. (8 AZR 426/94, BAGF 87, 296), postanowienie z dnia 22 stycznia 1998 r. (8 ABR 83/96), dotychczas nieopublikowane, i wyrok z dnia 25 maja 2000 r. (8 AZR 337/99), dotychczas nieopublikowany, zawarte w załączniku do uwag rządu niemieckiego.

nowego zamówienia i przy dokonaniu całościowej oceny przesłanką dla stwierdzenia, że składniki przedsiębiorstwa przeszły z pierwotnego wykonawcy na nowego wykonawcę jest — niezależnie od kwestii stosunków własnościowych — wymóg, by dokonano przekazania tych składników temu ostatniemu do samodzielnego gospodarczego wykorzystania? Czy dla stwierdzenia przejęcia składników przedsiębiorstwa jest wobec tego konieczne, aby wykonawcy dano prawo do rozstrzygnięcia o sposobie użytkowania tych składników zgodnie z jego własnym interesem gospodarczym? Czy wobec tego należy dokonać rozróżnienia pomiędzy sytuacją, w której składniki przedsiębiorstwa dającego zlecenie stanowią »przedmiot« świadczenia wykonawcy, a sytuacją, w której stanowią one »narzędzie« świadczenia wykonawcy?

- 2) W przypadku twierdzącej odpowiedzi Trybunału na pierwsze pytanie:

- a) Czy wykluczone jest stwierdzenie oddania składników przedsiębiorstwa do samodzielnego gospodarczego wykorzystania, w sytuacji gdy są one przez zleceniodawcę tylko oddane do użytku wykonawcy, a bieżąca konserwacja, włącznie ze związanymi z tym kosztami, obciążają zleceniodawcę?

- b) Czy ma miejsce samodzielne gospodarczo wykorzystanie, w sytuacji gdy przy przeprowadzaniu kontroli pasażerów na lotniskach wykonawca korzysta z udostępnionych mu przez zleceniodawcę wykrywaczy metali w postaci bramek, jak również ręcznych wykrywaczy metali i urządzeń prześwietlających?”.

10. Obydwa powyższe pytania mają na celu zdefiniowanie warunków, w których można uznać, że miało miejsce przejęcie składników przedsiębiorstwa, w przypadku gdy składniki te są udostępniane przez zamawiającego kolejnym zleceniobiorcom.

11. Zauważmy na wstępie, że możliwość stosowania dyrektywy 2001/23 w odniesieniu do zamówień na usługi nie budzi wątpliwości. W wyroku w sprawie Watson Rask i Christensen⁸ Trybunał uznał bowiem taką możliwość. Następnie, wyroki w sprawie Schmidt⁹ i w sprawie Sützen¹⁰

8 — Wyrok z dnia 12 listopada 1992 r. w sprawie C-209/91, Rec. str. I-5755, pkt 17.

9 — Wyrok z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie C-392/92, Rec. str. I-1311, pkt 12–14. Jednakże po wydaniu tego wyroku, silnie krytykowanego przez doktrynę, Komisja zasugerowała, we wniosku w sprawie rewizji dyrektywy 77/187, aby uczynić rozróżnienie pomiędzy, z jednej strony, przejęciem jednostki a z drugiej strony, przejęciem jedynie działalności jednostki, przy czym to ostatnie nie byłoby objęte zakresem stosowania dyrektywy. Wobec sprzeciwu Parlamentu Europejskiego Komisja Wspólnot Europejskich zmieniła swój pierwotny wniosek i skreśliła tę klauzulę w tekście. Jednakże wyrok z dnia 11 marca 1997 r. w sprawie C-13/95 Sützen, Rec. str. I-1259, ponownie odwołuje się do rozróżnienia pomiędzy jednostką a „po prostu działalnością”.

10 — Wspomniany powyżej wyrok.

potwierdziły tę wykładnię. Można tytułem przykładu zastosowania dyrektywy 2001/23 do przejść zamówień zacytować wyroki w sprawach Hidalgo i in.¹¹, Hernandez Vidal i in.¹², Allen i in.¹³, Liikenne¹⁴, Temco¹⁵ oraz ostatnio wydany wspomniany powyżej wyrok w sprawie Abler i in.

12. Pomimo bogatego orzecznictwa w tym zakresie, debata na temat pojęcia przejścia przedsiębiorstwa nie jest jednak zamknięta, ponieważ rzecznicy generalni nadal przedkładają Trybunałowi argumenty zmierzające do podważenia dokonywanej przezeń szerokiej wykładni tego pojęcia¹⁶. Orzecznictwo zмага się czasami z poszukiwaniem wyraźnej linii demarkacyjnej pomiędzy przejściem działalności a przejściem przedsiębiorstwa¹⁷. Tymczasem granica ta jest gwarantem równowagi pomiędzy dwoma celami dyrektywy

2001/23, czyli z jednej strony, ochroną pracowników¹⁸, co stanowi cel główny dyrektywy, a z drugiej strony, wprowadzeniem wspólnego rynku¹⁹.

13. Aby jednostka zachowała swoją tożsamość po dokonaniu przejścia, powinna ona wcześniej istnieć jako jednostka niezależna²⁰. Wbrew temu, czego broniła Kötter na rozprawie, nie mam wątpliwości co do istnienia jednostki gospodarczej, której zadaniem jest prowadzenie działalności w zakresie kontroli na lotnisku w Düsseldorfie. Jednakże w celu udzielenia odpowiedzi na pytania sądu krajowego należy najpierw ustalić, czy składniki udostępnione przez zlecniodawcę stanowią część przekazywanej jednostki, czyli ocenić, czy te udostępnione Securicor składniki można jej przypisać. Charakter udostępnienia będzie rozstrzygający dla tej analizy. W dalszej części rozważania zostanie podniesiona kwestia zachowania tożsamości jednostki.

11 — Wyrok z dnia 10 grudnia 1998 r. w sprawach połączonych C-173/96 i C-247/96, Rec. str. I-8237.

12 — Wyrok z dnia 10 grudnia 1998 r. w sprawach połączonych C-127/96, C-229/96 i C-74/97, Rec. str. I-8179.

13 — Wyrok z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-234/98, Rec. str. I-8643.

14 — Wyrok z dnia 25 stycznia 2001 r. w sprawie C-172/99, Rec. str. I-745.

15 — Wyrok z dnia 24 stycznia 2002 r. w sprawie C-51/00, Rec. str. I-969.

16 — Na przykład według rzecznika generalnego L.A. Geelhoeda okoliczności faktyczne we wspomnianej powyżej sprawie Abler i in. należy traktować jako „utrata zamówienia przez dawnego usługodawcę oraz uzyskanie tego zamówienia przez nowego usługodawcę” (pkt 54), a nie jako przejście przedsiębiorstwa. W punkcie 38 jego opinii w wyżej wspomnianej sprawie Temco rzecznik generalny L.A. Geelhoed podkreśla także znaczenie kontekstu gospodarczego oraz stwierdza, że „dynamika rynku może zostać zakłócona, jeśli ustalenie występowania przejścia w rozumieniu dyrektywy będzie się odbywać ze zbyt dużą elastycznością”.

17 — Jedynie to drugie jest objęte zakresem stosowania dyrektywy 2001/23. Przejście działalności jest jednym z elementów stanowiących przejście przedsiębiorstwa. Aby miało miejsce przejście przedsiębiorstwa, konieczne jest ponadto, aby stabilna jednostka gospodarcza, stanowiąca podporę działalności, również została przejęta. Na temat pojęcia jednostki gospodarczej zob. w szczególności opinię rzecznika generalnego Van Gervena we wspomnianej powyżej sprawie Schmidt, pkt 13 i 14; P. Pocheil, „L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique”, w: *Droit social* 1994, str. 931, oraz S. O'Leary, „Employment Law at the European Court of Justice”, Oxford 2002, str. 259.

18 — Zobacz ostatnio wydany wyrok z dnia 26 maja 2005 r. w sprawie C-478/03 Celtec, pkt 26 i 27, Zb.Orz. str. I-4389. Zobacz także J. Mertens de Wilmars i H. Nyssens, „Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen”, w: „Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat”, 1999, str. 557.

19 — Dyrektywa 2001/23 uwzględniła ogólnie wymogi gospodarcze, ponieważ jej art. 5 ust 1 przewiduje, że nie ma ona co do zasady zastosowania, jeżeli wobec zbywającego prowadzone jest postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie, wszczęte w celu likwidacji aktywów. Na temat równowagi pomiędzy obydwojema celami dyrektywy, J. Kennen, „EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond”, Oxford 2003, str. 352.

20 — Dotychczasowe orzecznictwo: wspomniany powyżej wyrok w sprawie Süzen, pkt 13; wyrok z dnia 19 września 1995 r. w sprawie C-48/94 Rygaard, Rec. str. I-2745, pkt 20; wspomniany powyżej wyrok Liikenne, pkt 31, oraz wspomniany powyżej wyrok w sprawie Abler i in., pkt 30.

II — Uwagi wstępne na temat przekazania usługodawcom składników przedsiębiorstwa zlecniodawcy

14. Kwestią podniesioną przez sąd krajowy w pierwszym pytaniu jest to, czy składniki przedsiębiorstwa udostępnione przez zamawiającego stanowią część przejmowanej jednostki gospodarczej. Czy można uznać, jak to czyni sąd krajowy, że wspomniany wyrok w sprawie Abler i in. dostarcza odpowiedzi na to pytanie?

15. Z orzecznictwa z pewnością wynika, że przejęcie własności nie jest niezbędne, aby zostało dokonane przejęcie środków ruchomych i nieruchomości. Na przykład w sprawie Redmond Stichting²¹ stowarzyszenie korzystające z dotacji komunalnej — Redmond Stichting, a następnie Sigma — wynajmowało budynek od gminy. Trybunał włączył do elementów umożliwiających ustalenie istnienia przejęcia fakt, że „budynek oddany w najem Redmond jest oddany w najem Sigmie”²². W związku z tym brak przejścia własności z jednego usługodawcy na drugiego nie stanowi przeszkody dla występowania przejęcia aktywów, o ile zos-

tanie stwierdzone, że dane aktywa stanowią część przejmowanej jednostki²³.

16. Kwestia tego, w jakich okolicznościach udostępnienie aktywów przez zlecniodawcę odpowiada włączeniu tych aktywów do przejmowanej jednostki, jest bardziej delikatna. Orzecznictwo nie daje jasnej wskazówki w tym zakresie. Wprost przeciwnie, jest ono podzielone.

17. W kwestii przejmowania przedsiębiorstw zajmujących się wykonywaniem działalności oczyszczania Trybunał w wyroku w sprawie Sützen, bez wypowiadania się bezpośrednio, zadowolił się stwierdzeniem, że tożsamość jednostki gospodarczej wynika z elementów takich jak, w danym przypadku, „składniki przedsiębiorstwa” udostępnione jej przez dającego zlecenie²⁴.

18. Po wydaniu tego wyroku Trybunał ponownie wydawał się wahać co do udzielenia odpowiedzi w tym zakresie w wyroku w sprawie Watson Rask i Christensen²⁵. Spółka Philips powierzyła po raz pierwszy świadczenie usług stołówekowych w swoim przedsiębiorstwie usługodawcy zewnętrznemu. Udostępniła ona bezpłatnie spółce ISS Kantineservice pomieszczenia do sprzedaży i produkcji, zaakceptowane przez ISS,

21 — Wyrok z dnia 19 maja 1992 r. w sprawie C-29/91, Rec. str. I-3189.

22 — Punkt 26 wyroku. W pkt 13 opinii rzecznik generalny Van Gerven stwierdził, że „przejęcie aktywów majątkowych miało również miejsce faktycznie, w tym znaczeniu że budynek oddany w najem Sophie Redmond przez gminę Groningen został oddany w najem Sigmie od dnia 1 stycznia 1991 r.”.

23 — Zobacz również wspomniany powyżej wyrok w sprawie Abler i in., pkt 42, oraz wyrok Trybunału AELE z dnia 10 grudnia 2004 r., w sprawie E-2/04 Rasmussen, dotychczas nieopublikowany.

24 — Wspomniany powyżej wyrok, pkt 15.

25 — Wspomniany powyżej wyrok.

urządzenia niezbędne do użytkowania stołówki, elektryczność, ciepłą wodę i linię telefoniczną oraz zobowiązała się do zapewnienia ogólnej konserwacji pomieszczeń, a także usuwania odpadów²⁶. Rzecznik generalny Van Gerven w pkt 6 swojej opinii stwierdził, że sytuacja ta powinna być traktowana jako „brak przekazania ruchomości przez spółkę Philips”. Trybunał stwierdza jedynie, że dyrektywa 77/187 ma zastosowanie do sytuacji powierzenia usług na zewnątrz, twierdząc jednocześnie, że udostępnienie składników przedsiębiorstwa przez zleceniodawcę stanowi część „różnorodnych korzyści, których warunki są określone przez umowę zawartą”²⁷ pomiędzy tymi dwoma przedsiębiorstwami.

19. Wydaje się jednak, że we wspomnianym wyroku Temco udzielono odpowiedzi na pytanie dotyczące konsekwencji, jakie należy wiązać z udostępnieniem aktywów przez zleceniodawcę. W przypadku tym Volkswagen udostępnił przedsiębiorstwom zajmującym się czyszczeniem, z którymi zawarł umowy, środki niezbędne do czyszczenia przemysłowego swoich instalacji. Trybunał zaakceptował analizę przeprowadzoną przez sąd krajowy, który wywnioskował z tego elementu, że nie miało miejsca żadne przejęcie składników aktywów jednego usługodawcy przez drugiego²⁸. W rezultacie nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby udostępnione składniki aktywów były użytkowane przez zleceniobiorcę, a później przez jego następcę, przy czym nie jest konieczne, aby stanowiły one część składową przejmowanej jednostki.

20. W przeciwieństwie do tego, co wydawało się ustalone w tym wyroku, Trybunał przyjął jednak odrębne podejście w ww. wyroku w sprawie Abler i in., w którym uznał, że w niektórych przypadkach udostępnienie aktywów przez zleceniodawcę może spowodować przejście aktywów pomiędzy usługodawcami. W rezultacie w przytoczonej sprawie, w której jeden usługodawca przejął po drugim świadczenie usług restauracyjnych w szpitalu, instytucja zarządzająca udostępniła im pomieszczenia, a także wodę, energię oraz niezbędne wyposażenie duże i małe. Trybunał stwierdził, że „składniki majątkowe niezbędne do prowadzenia działalności, o której mowa [...] zostały przejęte przez Sodexho”²⁹. A zatem stwierdzenie to oznacza niewątpliwie, jak to zauważył rząd niemiecki na rozprawie, że składniki majątkowe, o które chodzi, stanowią część jednostki przejmowanej, pomimo że szpital pozostał ich właścicielem³⁰.

21. Zatem o ile we wspomnianej sprawie Tamco udostępnienie składników przedsiębiorstwa przez zleceniodawcę nie doprowadziło do włączenia tych składników do przejmowanej jednostki, w wyroku w sprawie Abler i in. Trybunał doszedł do przeciwnego wniosku³¹. Niepokojące jest, że rozbieżność ta nie jest wynikiem stosowania

26 — Wspomniany powyżej wyrok Watson Rask i Christensen, pkt 6.

27 — Wspomniany powyżej wyrok Watson Rask i Christensen, pkt 1 sentencji.

28 — Wspomniana powyżej opinia w sprawie Temco, pkt 25. Zauważmy, że Trybunał doszedł w tej sprawie do wniosku, że pomiędzy dwoma usługodawcami miało miejsce przejęcie przedsiębiorstwa z uwagi na przejęcie zasadniczej części kompetencji personelu przez drugiego usługodawcę.

29 — Wspomniany powyżej wyrok w sprawie Abler i in., pkt 36.

30 — Należy zauważyć, że rzecznik generalny L.A. Geelhoed zasugerował w pkt 77 swojej opinii rozwiązanie przeciwne: „biorąc pod uwagę, że zleceniodawca jest właścicielem tych środków produkcji, odzyska on użytkowanie tych dóbr, kiedy umowa przestanie obowiązywać. Nie można zatem mówić w tym przypadku o przejęciu tych aktywów”.

31 — Wniosek można tłumaczyć tym, że Trybunał chciał zapobiec temu, by strony nie wykluczały, na mocy umowy stosowania dyrektywy 77/187.

kryterium, które umożliwiłoby rozróżnienie dwóch przypadków. Wprost przeciwnie, podobnie do stanowiska, którego rząd niemiecki bronił w swoich uwagach ustnych, wydaje mi się, że ta rozbieżność w orzecznictwie może być interpretowana jako wynikająca z braku skutecznego kryterium.

22. W odniesieniu do tych wahań w orzecznictwie oraz wbrew temu, co utrzymuje Securicor, należy unikać uogólniania prowadzącego do tego, że każde udostępnienie składników przedsiębiorstwa przez zlecającego byłoby jednoznacznie z włączeniem tych składników do przejmowanej jednostki. W tym przypadku, podobnie jak to podniósł rząd niemiecki podczas rozprawy, każde następstwo usługodawców w odniesieniu do wykonywania zamówienia byłoby kwalifikowane jako przejęcie przedsiębiorstwa, pod warunkiem że zostały im udostępnione przez zleceniodawcę składniki aktywów. Zwykła utrata zamówienia na korzyść konkurenta mogłaby zatem być uważana za przejęcie przedsiębiorstwa, co jest sprzeczne z dotychczasowym orzecznictwem Trybunału³². Linia demarkacyjna pomiędzy przejęciem przedsiębiorstwa i przejęciem działalności byłaby zatem ponownie rozmyta³³.

32 — Wspomniany powyżej wyrok w sprawie Süzen, pkt 16: „Zwykła utrata zamówienia na korzyść konkurenta nie może jako taka oznaczać istnienia przejęcia w rozumieniu dyrektywy. W tej sytuacji, w przypadku gdy przedsiębiorstwo usługowe poprzednio realizujące zamówienie traci klienta, nie przestaje ono całkowicie istnieć oraz nie można uznać, że jeden z jego zakładów lub części zakładu zostały przekazane nowemu realizującemu zamówienie”.

33 — Na temat niebezpieczeństw związanych z tym rozmyciem zob. na przykład kronika J. Déprez, *RJS* 1995 nr 5, str. 315; a także P. Bailly, „Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail”, w: *Droit social* 2004, str. 366.

23. Ponadto, jak zauważyli Kötter i rząd niemiecki na rozprawie, konsekwencje gospodarcze takiego uogólnienia, niepopartego spójnym kryterium, mogłyby być szczególnie znaczące, ponieważ składniki, o które konkurowałoby usługodawcy, byłyby bardzo ograniczone: automatyczne uznanie przejęcia przedsiębiorstwa od jednego usługodawcy przez drugiego oznacza przekształcenie kosztów personelu w koszty stałe. Margines swobody działania, którym dysponowałoby potencjalni konkurenci, aby odróżnić się w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na usługi, byłby ograniczony do minimalnej części, ponieważ dotyczyłby tylko organizowania personelu³⁴.

24. Z uwagi na brak wyraźnego kryterium odróżniającego w orzecznictwie sąd krajowy, popierany przez rząd niemiecki, sugeruje, aby kwestia, czy aktywa udostępnione przez zamawiającego mogą, czy też nie mogą być przypisane zleceniobiorcy, który je użytkuje, zależała od pojęcia „samodzielnego gospodarczego wykorzystania”.

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

III — Kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania

25. Według orzecznictwa Bundesarbeitsgericht, zgodnie z kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania, składniki przedsiębiorstwa udostępnione przez zleceniodawcę staną się integralną częścią przejmowanej jednostki gospodarczej, pod warunkiem że usługodawca ma możliwość swobodnego wykorzystania tych składników, kierując się swoim własnym interesem.

26. Według sądu krajowego i rządu niemieckiego, kryterium to umożliwia wyjaśnienie stanowiska przyjętego przez Trybunał w wyroku w sprawie Abler i in.³⁵ W istocie Sodexho samodzielnie gospodarczo wykorzystywało kuchnię, która była do jego dyspozycji. Działo ono dążąc do osiągnięcia własnego interesu gospodarczego, zarówno jeżeli chodzi o opracowywanie jadłospisów, jak i obsługę klientów innych niż szpital. Ponadto koszty konserwacji spoczywały na użytkowniku składników przedsiębiorstwa. Natomiast, jak twierdzi rząd niemiecki, w niniejszym przypadku narzędzia kontroli udostępnione spółce Securicor nie mogłyby być uważane za włączone do przejmowanej jednostki, ponieważ nie dysponowałyby ona żadnym marginesem swobody działania w odniesieniu do ich użytkowania.

35 — Doktryna niemiecka, przeciwnie, podkreśliła ryzyko sprzeczności pomiędzy wyrokiem w sprawie Abler i in. oraz kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania: R. Adam, „Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des 613a BGB”, w: *Monatsschrift für Deutsches Recht* 2004 nr 16, str. 909; H.J. Willemsen i G. Annuss, „Auftragsnachfolge — jetzt doch ein Betriebsübergang?”, w: *Der Betrieb* 2004 nr 3, str. 134.

27. Przed dokonaniem oceny znaczenia kryterium proponowanego przez sąd krajowy należy odwołać się do sformułowania art. 1 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2001/23, który definiuje jednostkę gospodarczą jako „zorganizowane połączenie zasobów, którego celem jest prowadzenie działalności gospodarczej, bez względu na to, czy jest to działalność podstawowa, czy pomocnicza”. Żaden element tego tekstu ani nie zaleca opracowania kryterium umożliwiającego określenie przypadków, w których udostępnienie aktywów odpowiada w rzeczywistości „przejściu” aktywów zleceniodawcy przez zleceniobiorcę, ani się mu nie sprzeciwia.

28. Jednakże ze względu na przedstawione poniżej powody wydaje mi się, że proponowane przez sąd krajowy kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania jest nieskuteczne.

29. Po pierwsze kryterium proponowane przez sąd krajowy nie jest oparte na żadnym uzasadnieniu normatywnym. W rezultacie rozróżnienie dokonane pomiędzy sytuacją, w której występuje samodzielne gospodarcze wykorzystanie, oraz inną, w której brak jest tego typu wykorzystania, nie jest stworzone ani w celu zapewnienia ochrony pracowników, ani w celu umożliwienia wprowadzenia rynku wewnętrznego. Nie podano żadnego uzasadnienia takiej różnicy traktowania. Brak powiązania z jednym z celów dyrektywy 2001/23 podważa wiarygodność sugerowanego kryterium.

30. Po drugie nie wystarczy jednak stwierdzić, że kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania oznacza w pewnych przypadkach ograniczenie zakresu stosowania dyrektywy 2001/23, aby je wykluczyć. Chociaż nie ulega wątpliwości, że dyrektywa ta ma przede wszystkim na celu ochronę pracowników, zmierza ona również do wprowadzenia rynku wewnętrznego, o czym świadczy także jej przyjęcie na podstawie art. 94 WE. Nie można zatem twierdzić, jak to czynią Komisja i Securicor, że duch i skuteczność dyrektywy 2001/23 byłyby podważone z uwagi na sam fakt, że nie jest ona stosowana w odniesieniu do wszystkich sytuacji następstwa usługodawców, ale jedynie do tych, które odpowiadają przejściu przedsiębiorstwa³⁶.

31. Po trzecie nawet jeśli nie ulega wątpliwości, że Securicor dysponuje mniejszym zakresem elastyczności w użytkowaniu urządzeń kontrolnych, niż ten, jaki posiada przedsiębiorstwo eksploatujące stołówkę w odniesieniu do kuchni, nie wynika z tego, że przejście składników przedsiębiorstwa miałyby miejsce tylko w drugim przypadku. Jak podniosła Komisja na rozprawie, różnica pomiędzy dwoma sytuacjami jest tylko kwestia stopnia: obydwa przedsiębiorstwa zachowują pewną elastyczność w odniesieniu do sposobu organizacji swojej działalności za

pomocą składników przedsiębiorstwa, które pozostają do ich dyspozycji³⁷.

32. Ponadto kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania może wywołać dyskusje kazuistyczne, których wynik będzie trudno przewidywalny dla przedsiębiorstw, ze szkodą dla pewności prawnej. W tej kwestii wystarczy odwołać się do wyroku wydanego przez Bundesarbeitsgericht w dniu 25 maja 2000 r., załączonego do uwag przedstawionych przez rząd niemiecki, aby stwierdzić, że kryterium to wymaga rzeczywiście szczegółowej analizy autonomii powierzonej na podstawie umowy o świadczenie usług przedsiębiorstwu zobowiązanemu do wykonania tego świadczenia. Zatem, ponieważ każdy usługodawca korzysta zapewne z pewnej autonomii gospodarczej w stosunku do zleceniodawcy, kryterium to nie umożliwia rozgraniczenia przypadków, w których ma miejsce przejście aktywów.

33. Wreszcie podzielam opinię Komisji, która uważa, że kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania przydawałoby nadmiernego znaczenia postanowieniom umowy zawartej pomiędzy zleceniodawcą a usługodawcą. Gdyby treść umowy stała

36 — Rozróżnienie to odpowiada przedstawionemu powyżej rozróżnieniu pomiędzy przejściem działalności a przejściem przedsiębiorstwa.

37 — Zobacz także wspomniany powyżej wyrok w sprawie Hidalgo i in., pkt 27: „Na występowanie jednostki wystarczająco ustrukturyzowanej i niezależnej w ramach przedsiębiorstwa realizującego zamówienie nie ma zasadniczo wpływu okoliczność, skądinąd częsta, że przedsiębiorstwo to jest zobowiązane do przestrzegania określonych obowiązków, które są na nie nałożone przez zamawiającego. W istocie o ile może się zdarzyć, że wpływ wywierany przez tego ostatniego na usługi świadczone przez usługodawcę jest szeroki, zachowuje on niemniej jednak w tym zakresie zwykle pewną swobodę, nawet ograniczoną, w odniesieniu do organizowania i wykonywania usługi, o której mowa, przy czym jego zadanie nie może być traktowane jako zwykłe udostępnienie jego personelu zamawiającemu”.

się rozstrzygająca dla stwierdzenia istnienia przejęcia przedsiębiorstwa, strony umowy byłyby w konsekwencji w stanie wykluczyć stosowanie dyrektywy 2001/23. Uwzględnienie postanowień umowy zawartej pomiędzy zleceniodawcą a usługodawcą w celu wykonania zamówienia powinno raczej być połączone z obiektywną oceną różnych okoliczności danego przypadku³⁸.

34. Wreszcie z postanowienia umownego przewidującego udostępnienie aktywów przez zleceniodawcę nie może wynikać *automatycznie*, że miało miejsce przejęcie aktywów przez usługodawcę od poprzednika. W przeciwnym wypadku wynikałoby z tego zamieszanie pomiędzy zachowaniem działalności i zachowaniem przedsiębiorstwa³⁹. W rezultacie zwykle udostępnienie aktywów przez zleceniodawcę powodowałoby przejście przedsiębiorstwa pomiędzy usługodawcami.

35. W świetle tych rozważań wydaje mi się, że kryterium samodzielnego gospodarczego wykorzystania nie jest skuteczne, ponieważ, z jednej strony, nie umożliwia rozgraniczenia przypadków, w których składniki przedsiębiorstwa, mimo że udostępnione przez zleceniodawcę, włączone są w rzeczywistości do odrębnej jednostki gospodarczej oraz, z drugiej strony, brak jest dla niego uzasadnienia normatywnego.

36. Komisja i spółka Securicor, w świetle dokonanej przez nie interpretacji ww. wyroku w sprawie Abler i in. sugerują, aby kwestią rozstrzygającą było to, czy udostępnione składniki przedsiębiorstwa są niezbędne do świadczenia danych usług. Jednakże to alternatywne kryterium pomija brak wyboru pozostawionego zleceniobiorcy, który po przejęciu zamówienia jest związany warunkami przewidzianymi w umowie zawartej z zamawiającym. Ponadto wydaje się logiczne założenie, że zleceniodawca udostępni usługodawcy tylko te składniki przedsiębiorstwa, które są konieczne do wykonywania powierzonego mu zamówienia.

37. Ponadto nawet jeśli Trybunał wyraźnie wspominał w ww. wyroku w sprawie Abler i in., że składniki udostępnione zleceniobiorcy, czyli różne urządzenia kuchenne, były niezbędne do wykonywania rozważanego zamówienia, czyli dostawy posiłków, żaden element tego wyroku nie wskazuje, że celowała była rozstrzygająca. Wreszcie kryterium to byłoby bezwartościowe dla rozstrzygnięcia sprzeczności pomiędzy ww. wyrokami w sprawach Abler i in. oraz Temco, ponieważ składniki udostępnione przez zleceniodawcę w tej ostatniej sprawie były także niezbędne do świadczenia usług.

38 — Wyrok z dnia 18 marca 1986 r. w sprawie 24/85 Spijkers, Rec. str. 1119, pkt 13.

39 — Niebezpieczeństwo takie kryje wspomniany powyżej wyrok w sprawie Abler i in., który może być odczytany w ten sposób, że opiera on występowanie przejęcia przedsiębiorstwa na jednej tylko okoliczności, a mianowicie że składniki przedsiębiorstwa zostały udostępnione usługodawcy przez zleceniodawcę. Jednakże nie jest wykluczone, że udostępnione aktywa mogą być przekazane przez jednego usługodawcę drugiemu, zwłaszcza w celu zapobieżenia próbom wykluczenia przez strony umowy zastosowania dyrektywy 2001/23 do przeprowadzanej przez nie operacji.

38. Pomimo że ani kryterium proponowane przez sąd krajowy, ani kryterium bronione przez Komisję i Securicor nie wydają mi się

przekonujące z uwagi na przytoczone powyżej powody, należy jeszcze sprecyzować, czy udostępnienie aktywów przez zleceniodawcę powinno mieć wpływ na ustalenie przejęcia przedsiębiorstwa pomiędzy usługodawcami.

39. W przypadku zawarcia identycznych umów o świadczenie usług pomiędzy zleceniodawcą a następującymi po sobie usługodawcami kształt przejmowanej jednostki gospodarczej jest szczególnie trudny do określenia, ponieważ wiele elementów tej jednostki określa umowa. Zatem nieodłącznym elementem charakteru umowy zawartej w ramach zamówienia jest to, że klientela usługodawcy pozostaje identyczna. Podobnie z punktu widzenia następujących po sobie usługodawców udostępnione składniki są stałymi w równaniu, które muszą rozwiązać, aby przedstawić ofertę, tak samo jak na przykład lokalizacja, a także fizyczny plan lotniska w Düsseldorf w przypadku Securicor i Kötter. W rezultacie te same składniki przedsiębiorstwa udostępnione przez zleceniodawcę będą użytkowane przez wszystkich następujących po sobie usługodawców, nie dysponujących marginesem swobody działania w tym względzie. Innymi słowy, udostępniane składniki pozostają poza sferą kontroli następujących po sobie usługodawców i w konsekwencji nie można ich uważać za część przejmowanej jednostki organizacyjnej.

40. Dlatego też, aby ustalić występowanie przejęcia przedsiębiorstwa w niniejszym przypadku, należy, na podstawie kryteriów

określonych w wyroku w sprawie Spijkers⁴⁰, skoncentrować przeprowadzaną analizę na elementach jednostki gospodarczej, które są właściwe dla usługodawcy. Tylko w ten sposób można zapewnić, że przejęcie będzie dotyczyło autonomicznej jednostki gospodarczej, zgodnie z treścią i celem art. 1 dyrektywy 2001/23. Ponieważ pierwsze postawione przez sąd krajowy pytanie opiera się wyłącznie na kwestii samodzielnego gospodarczego wykorzystania, należy na nie odpowiedzieć negatywnie. W konsekwencji odpowiedź na drugie pytanie również będzie negatywna.

41. W sprawach toczących się przed Arbeitsgericht Düsseldorf — jako że składniki przedsiębiorstwa konieczne do wykonywania działalności kontrolnej powierzonej spółce Securicor, a następnie spółce Kötter, są dostarczane przez Republikę Federalną Niemiec — występowanie przejęcia przedsiębiorstwa przez jednego usługodawcę od drugiego należy ustalić na podstawie innych elementów tego udostępnienia.

42. Podobnie jak zauważył rząd niemiecki w swoich uwagach pisemnych, pytania sądu krajowego dotyczą tylko jednego z elementów użytecznych dla dokonania oceny przejęcia. A zatem z sugerowanej

40 — Wspomniany powyżej wyrok w sprawie Spijkers, pkt 13: „Należy wziąć pod uwagę wszystkie okoliczności faktyczne, które charakteryzują dane zachowanie, do których zalicza się w szczególności rodzaj przedsiębiorstwa lub zakładu, o który chodzi, przejęcie lub brak przejęcia składników majątkowych takich jak budynki i ruchomości, wartość składników niematerialnych w chwili przejęcia, przejęcie lub brak przejęcia większości pracowników przez nowego pracodawcę, przejęcie lub brak przejęcia klientów, a także stopień podobieństwa działalności prowadzonej przed przejęciem i po przejęciu oraz czas ewentualnego zawieszenia tej działalności”.

odpowiedzi wynika, że element ten, tj. przejście udostępnionych składników przedsiębiorstwa, nie powinien być rozstrzygający. W świetle akt sprawy oraz w celu dostarczenia sądowi krajowemu odpowiedzi użytecznej dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy należy zatem rozważyć konsekwencje analizy proponowanej w odniesieniu do okoliczności niniejszej sprawy.

IV — Konsekwencje analizy proponowanej w niniejszej sprawie

43. Przed przystąpieniem do analizy okoliczności sprawy konieczne jest przypomnienie warunków, na jakich może się odbyć przejście przedsiębiorstwa w przypadku braku przejścia składników aktywów.

44. We wspomnianym powyżej wyroku w sprawie Redmond Stichting jedna z kwestii będących przedmiotem odwołania dotyczyła konsekwencji braku przejścia ruchomości. Trybunał zauważył, że taki brak „nie wydaje się sam w sobie stanowić przeszkody dla możliwości stosowania dyrektywy”, jednocześnie zwracając się do sędziego krajowego o dołożenie starań o włączenie tego elementu do dokonywanej przez niego całościowej oceny.

45. Jednakże we wspomnianym powyżej wyroku w sprawie Liikenne Trybunał wykluczył stosowanie dyrektywy 2001/23 po stwierdzeniu braku przejścia aktywów jednej

spółki autobusowej przez drugą, pomimo że część personelu została przekazana przez jedno przedsiębiorstwo drugiemu.

46. Te pozornie sprzeczne decyzje świadczą o znaczeniu uprzedniego określenia charakteru działalności, której dotyczy ewentualne przejście. W rezultacie elementy istotne dla ustalenia występowania przejścia przedsiębiorstwa zależą od charakteru działalności wykonywanej przez jednostkę gospodarczą⁴¹.

47. Kryterium to zostało wprowadzone przez Trybunał w związku z działalnością, która opiera się głównie na sile roboczej i jej kompetencjach, i doprowadziło go do wniosku, że „zbiorowość pracowników, która prowadzi na stałe wspólną działalność, może odpowiadać jednostce gospodarczej”⁴². Wynika z tego, że w odniesieniu do działalności tego typu „należy przyznać, że jednostka może zachować swoją tożsamość po dokonaniu jej przejścia, gdy nowy kierownik przedsiębiorstwa nie ograniczy się do kontynuowania działalności, lecz przejmie także zasadniczą część, w znaczeniu ilości i kompetencji, stanu liczebnego, który jego poprzednik specjalnie przydzielił do tego zadania”⁴³.

⁴¹ — Wspomniane powyżej wyroki w sprawie Süzen, pkt 18, w sprawie Hernandez Vidal i in., pkt 31, w sprawie Hidalgo i in. pkt 31, w sprawie Liikenne, pkt 35, w sprawie Abler i in., pkt 35.

⁴² — Wspomniany powyżej wyrok Süzen, pkt 21. Wprowadzenie takiego rozróżnienia przez Trybunał zmierza do zapobieżenia sytuacji, w której ochrona przyznana pracownikom byłaby mniejsza, w przypadku gdy są oni zatrudnieni w sektorze, gdzie siła robocza stanowi element zasadniczy.

⁴³ — Jak wyżej.

48. Natomiast jeśli dana działalność nie opiera się głównie na sile roboczej i jej kompetencjach, występowanie przejęcia przedsiębiorstwa zależy od stwierdzenia, że pomiędzy dwoma przedsiębiorstwami miało miejsce przejęcie aktywów⁴⁴.

49. Z orzecznictwa tego wynika, że do celów ustalenia, czy zostało dokonane przejęcie przedsiębiorstwa, należy wcześniej zakwalifikować typ działalności, którego ono dotyczy. Dozorowanie magazynu sanitarnego Bundeswehry (wojska federalnego) zostało zakwalifikowane jako działalność opierająca się głównie na sile roboczej i jej kompetencjach⁴⁵. W niniejszym przypadku, jak stwierdza to Securicor w swoich uwagach ustnych, w przeciwieństwie do zwykłej działalności dozoru działalności kontrolna na lotnisku wymaga specjalistycznych i precyzyjnych urządzeń kontrolnych. Jednak w przeciwieństwie do tego, co twierdzi Securicor, zobowiązanie rezultatu nałożone na przedsiębiorstwo zobowiązane do kontroli bezpieczeństwa na lotnisku nie wydaje się być istotne dla odróżnienia działalności, o której mowa, od działalności dozoru, ponieważ nie ma ona wpływu na organizację jednostki gospodarczej, której to dotyczy.

50. Pomimo że analiza znaczenia, jakie należy przypisać różnym kryteriom występowania przejęcia w rozumieniu dyrektywy 2001/23, spoczywa ostatecznie na sądzie krajowym, wydaje się, że z akt sprawy wynika, że określone aktywa udostępnione przez zleceniodawcę oraz wykwalifikowany personel tworzą jednostkę gospodarczą, której działalność polega na kontroli bagażu i pasażerów na lotnisku.

51. A zatem ponieważ specjalistyczne urządzenia do kontroli są w każdym przypadku udostępniane następującym po sobie usługodawcom przez zleceniodawcę, należy sprawdzić, czy przekazanie personelu pomiędzy spółką Securicor a spółką Kötter dotyczy zasadniczej części, jeżeli chodzi o ilość i kompetencje, pracowników przydzielonych do wykonywania zamówienia⁴⁶.

52. Na pierwszy rzut oka wydaje się paradoksalne uzależnienie uznania przejęcia przedsiębiorstwa od przekazania personelu i jego kompetencji przez jednego pracodawcę drugiemu, chociaż co do zasady to właśnie stanowi konsekwencję uznania, że miało

44 — Tytułem przykładu Trybunał ustalił, że „transport autobusowy nie może być uznawany za działalność opartą zasadniczo na sile roboczej, ponieważ wymaga on znacznego sprzętu i urządzeń” (ww. wyrok Liikenne, pkt 39). W konsekwencji „brak przejęcia między dawnym a nowym zleceniodawcą zamówienia znacznej części takich elementów, które są niezbędne do prawidłowego funkcjonowania jednostki, powinien prowadzić do stwierdzenia, że ta ostatnia nie zachowała swojej tożsamości” (wspomniany powyżej wyrok w sprawie Liikenne, pkt 42). W związku z tym przekazanie przedsiębiorstwa pomiędzy dwoma spółkami zobowiązanymi do transportu autobusowego nie miało miejsca, ponieważ druga nie przejęła od pierwszej pojazdów.

45 — Wspomniany powyżej wyrok w sprawie Hidalgo i in., pkt 26.

46 — Kryterium to jest ustanowione przez wspomniany powyżej wyrok w sprawie Süzen oraz zostało ponownie użyte we wspomnianym powyżej wyroku w sprawie Temco, pkt 33.

miejsce przejęcie przedsiębiorstwa⁴⁷. Jednakże kryterium to stanowi część ogólnej analizy okoliczności. Staje się ono istotne tylko w przypadku braku przejęcia aktywów, kiedy konieczne jest zidentyfikowanie innych elementów, które mogą stanowić przejmovaną jednostkę. Ponadto nie wiąże się ono ściśle z przejęciem personelu jako takiego, ale raczej z przejęciem specyficznych kompetencji personelu, uznawanych za stanowiące zorganizowaną jednostkę. Celem jest zapobieżenie sytuacjom, w których strony biorące udział w przejęciu miałyby swobodę w wyłączeniu stosowania dyrektywy 2001/23.

53. Ponadto o ile ustalenie przejęcia przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 1 dyrektywy 2001/23 powoduje w konsekwencji, że pracodawca jednostki przejętej jest zobowiązany do zachowania umów o pracę⁴⁸, nic nie stoi na przeszkodzie temu, aby dokonał on reorganizacji, obejmujących w danym przypadku zwolnienia, pod warunkiem że nie są one bezpośrednio związane z przejęciem przedsiębiorstwa⁴⁹.

47 — Zobacz np. pkt 80 opinii rzecznika generalnego Cosmasego we wspomnianej powyżej sprawie *Hernandez Vidal* i in. Doktryna podkreśla również paradoks: Davies, „Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again” 1997, 26 *ILJ* 193; C. Engels i L. Salas, „Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?”, w: „Labour Law and industrial relations at the turn of the century”, 1998, str. 275, oraz A. Garde, „Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings”, w: 39 *CMLRev.* 2002, str. 523. J. Gomes w „Revista de direito e de estudos sociais”, 2004, str. 213, przedstawia kontrargument przekonujący do przyjęcia tej linii rozumowania w swoim komentarzu do wspomnianej sprawy *Abler* i in. Podkreśla, że przedsiębiorstwa biorące udział w operacji posiadają koniecznie prawo do decydowania o tym, jakich składników aktywów dotyczy ich transakcja.

48 — Artykuł 3 dyrektywy 2001/23.

49 — Artykuł 4 dyrektywy 2001/23. Zobacz także J. Hunt, „The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive”, w: „Legal Studies”, 1998, str. 336.

54. Wreszcie argument Republiki Federalnej Niemiec, zgodnie z którym respektowanie umów miałooby szczególne konsekwencje dla Niemiec z uwagi na brak elastyczności obowiązującego prawa pracy, jest nieskuteczny. W rezultacie z dotychczasowego orzecznictwa wynika, że państwo członkowskie nie może powoływać się na swoje prawo krajowe, w celu wykluczenia stosowania dyrektywy wspólnotowej.

55. Poza sporem jest, że Kötter przejęła 167 z 295 pracowników poprzednio zatrudnianych przez Securicor, przydzielonych do kontroli pasażerów i bagaży na lotnisku w Dusseldorfie w imieniu Republiki Federalnej Niemiec. Pracownicy ci przeszli specjalne szkolenie, aby byli w stanie wykonywać powierzone im zadania kontroli.

56. W związku z tym nie można wykluczyć, że Kötter przejęła zasadniczą część kompetencji personelu swojego poprzednika. Wydaje się, że jeśli tak jest — oraz pod warunkiem przeprowadzenia przez sąd krajowy kontroli wszystkich istotnych okoliczności — to istnieje kilka elementów, z których można wysnuć wniosek, że miało miejsce przejęcie przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy 2001/23 od spółki Securicor przez spółkę Kötter.

V — Wnioski

57. W związku z powyższym proponuję, aby Trybunał udzielił następującej odpowiedzi na pytania postawione przez Arbeitsgericht Düsseldorf:

„W przypadku nowego udzielenia zamówienia, w braku przejęcia składników aktywów jednego usługodawcy przez drugiego, kiedy zleceniodawca udostępnia następującym po sobie zleceniobiorcom składniki przedsiębiorstwa konieczne do wykonywania zamówienia, przesłanką zaistnienia przejęcia przedsiębiorstwa jednego usługodawcy przez drugiego, w rozumieniu art. 1 dyrektywy 2001/23/WE Rady z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów, nie jest to, czy składniki te zostały przekazane usługodawcy do samodzielnego gospodarczego wykorzystania, lecz elementy inne niż takie udostępnienie, które to elementy można bezpośrednio przypisać usługodawcy, jak np. przejęcie zasadniczej części kompetencji personelu”.