

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
WALTER VAN GERVEN

fremsat den 23. februar 1994 *

*Hr. afdelingsformand,
De herrer dommere,*

Indledningsvis skal jeg beskrive baggrunden for hovedsagen.

1. I den foreliggende sag har Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 77/187/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (herefter benævnt »direktivet«)¹:

2. Christel Schmidt var ansat som rengøringsassistent hos Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen (herefter benævnt »sparekassen«) og modtog senest et samlet månedligt vederlag på 413,40 DM. Hun var alene om rengøringen af lokalerne i en sparekasse i Wacken, som den sagsøgte sparekasse overtog den 1. juli 1990.

»1) Kan rengøringsarbejdet på en virksomhed sidestilles med en del af en bedrift efter direktiv 77/187/EØF, når det ved aftale overdrages til et andet firma?»

I februar 1992 afskedigede sparekassen Christel Schmidt med den begrundelse, at filialen i Wacken skulle ombygges og udvides, og at rengøringen af den nye bygning ville kræve betydelig mere tid end aftalt med hende. Sparekassen anmodede derefter firmaet Spiegelblank, der allerede forestod rengøringen i alle sparekassens øvrige bygninger, om også at forestå rengøringen af filialen i Wacken.

2) Såfremt spørgsmål 1) principielt besvares bekræftende, gælder dette da også, når rengøringsarbejdet indtil overdragelsen blev udført af en enkelt arbejdstager?»

Den 21. februar 1992 tilbød Spiegelblank Christel Schmidt ansættelse til en månedlig nettoløn på 520 DM (hvilket altså var højere end den løn, hun hidtil havde oppebåret).

* Originalsprog: nederlandsk.

1 — Rådets direktiv 77/187/EØF af 14.2.1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT L 61, s. 26).

Christel Schmidt kunne imidlertid ikke acceptere at arbejde for Spiegelblank for denne løn, idet hun havde regnet ud, at hendes timeløn ville blive forringet på grund af den væsentlige udvidelse af det areal, der skulle rengøres.

Gennemgang af de præjudicielle spørgsmål

3. Christel Schmidt anlagde sag i henhold til § 1 i Kündigungsschutzgesetz (lov om beskyttelse mod afskedigelse) om uberettiget opsigelse, idet hun gjorde gældende, at opsigelsen ikke var socialt berettiget efter ovennævnte bestemmelse. Arbeitsgericht Elmshorn gav hende ikke medhold, idet retten fandt, at sparekassen kunne påberåbe sig erhvervsmæssige grunde til opsigelsen; ombygningen af filialen i Wacken og den dermed forbundne udvidelse af det areal, der skulle rengøres, havde medført, at sparekassen havde truffet den ledelsesmæssige beslutning om ikke længere at lade rengøringsarbejdet udføre af sparekassens eget personale, men af et rengøringsfirma. Arbeitsgericht kunne kun prøve en sådan beslutning med henblik på at afgøre, om den var åbenbart urimelig eller vilkårlig, og dette fandtes ikke at være tilfældet i den foreliggende sag.

4. Med spørgsmålene ønsker Landesarbeitsgericht en afgørelse af, om der i sagen foreligger en »overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter« efter direktivets artikel 1, stk. 1, således at direktivets bestemmelser finder anvendelse i den foreliggende sag. Som bekendt bestemmer artikel 1, stk. 1:

»Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter til en anden indehaver som følge af overdragelse eller fusion.«

I forelæggelseskendelsen har Landesarbeitsgericht anført, at spørgsmålene skal ses på baggrund af Domstolens dom i Redmond Stichting-sagen². I den foreliggende sag er spørgsmålet ifølge Landesarbeitsgericht, om rengøringsarbejde også kan være »aktiviteter af særlig art med selvstændigt formål« i den betydning, der er fastlagt i nævnte dom (jf. nedenfor, punkt 10), og i bekræftende fald om den omstændighed, at arbejdet kun blev udført af en enkelt person, betyder, at det ikke kan sidestilles med en del af en bedrift. Hvis det første spørgsmål skal besvares bekræftende, og det andet spørgsmål

Christel Schmidt indankede denne dom for den forelæggende ret.

2 — Dom af 19.5.1992 (sag C-29/91, Sml. I, s. 3189).

benægtende, skal ifølge Landesarbeitsgericht § 613 a, stk. 4, i Bürgerliches Gesetzbuch anvendes analogt. Denne bestemmelse, der udgør en del af tysk lovgivning, der skal gennemføre direktivet, fastsætter bl.a., at en opsigelse fra arbejdsgiverens side af arbejdsforholdet med en arbejdstager er ugyldig, når den sker på grund af en overførsel af en del af en bedrift. En analog anvendelse af ovennævnte paragraf ville derfor i den foreliggende sag medføre, at den opsigelse, som sparekassen foretog, var ugyldig.

5. Ifølge sparekassen, den tyske regering og Det Forenede Kongeriges regering er der i den foreliggende sag ikke tale om overførsel af en del af en bedrift efter direktivets artikel 1, stk. 1.

Sparekassen har gjort gældende, at det pågældende rengøringsarbejde hverken hører til virksomhedens primære opgave eller er dermed forbundet opgave. Ifølge sparekassen kan overdragelsen af en ganske lille del af rengøringsarbejdet ikke være overførsel af en del af en bedrift efter direktivet og ej heller ved analogi sidestilles dermed.

Mere indviklet er *den tyske regering*'s argumentation. Den har gjort gældende, at begrebet »økonomisk enhed«, således som dette er anvendt i Domstolens praksis siden Spijkersdommen³, forudsætter, at der inden for en autonom organisation (der kan være en del af

en større organisatorisk helhed) forfølges et nærmere afgrænset økonomisk mål. Dette udelukker for eksempel, at overdragelse af et isoleret element, som en maskine eller en ejendom, kan siges at være overførsel af en del af en bedrift efter direktivet. Produktions- og tjenesteydelsesenheder i bredeste forstand skulle derimod falde ind under det således definerede begreb »økonomisk enhed«. Den foreliggende sag drejer sig imidlertid ikke om en »økonomisk enhed«, men alene om en ledelsesmæssig beslutning, der bestod i ikke længere at lade rengøringsarbejdet udføre af sparekassens ansatte, men at overdrage det til en anden virksomhed.

6. *Det Forenede Kongeriges regering* er af den opfattelse, at den omstændighed, at en virksomhed ophører med en aktivitet, som for eksempel rengøringen af sine egne lokaler, og i stedet betaler en anden virksomhed for at udføre denne tjenesteydelse, ikke i sig selv er en overførsel af virksomhed, bedrift eller del af en bedrift. Med henvisning til de kriterier, Domstolen har opstillet i sin praksis på området, mener *Det Forenede Kongeriges regering*, at der i den foreliggende sag hverken er sket overførsel af en økonomisk enhed, af bygninger eller af aktiver. Regeringen anfører, at selv om der ikke er nogen grund til at udelukke rengøring fra den type aktiviteter, der kan være genstand for en overførsel efter direktivet, følger det ikke heraf, at en simpel aftale med tredjemand om ydelse af en sådan tjenesteydelse udgør en overførsel af en bedrift eller en del af en bedrift.

7. *Kommissionens* synspunkt er mere nuanceret. Den mener, at spørgsmålets besvarelse

3 — Dom af 18.3.1986 (sag 24/85, Sml. s. 1119, præmis 11).

afhænger af de konkrete omstændigheder, hvorunder det pågældende rengøringsarbejde udføres. Hvis rengøringen udføres af virksomhedens ansatte inden for rammerne af virksomhedens struktur og ved brug af dens midler, kan rengøringsaktiviteten i retlig henseende sidestilles med driften af en virksomheds kantine i overensstemmelse med Domstolens definition i Watson Rask-dommen ⁴. Det er i så fald en servicefunktion forestået af virksomheden selv, og det forhold, at aktiviteten kun er af sekundær betydning og ikke er nødvendig i forhold til virksomhedens formål, medfører ikke, at den falder uden for direktivets anvendelsesområde.

Hvis derimod rengøringen overdrages til en anden virksomhed, kan denne aktivitet ifølge Kommissionen ikke sidestilles med en del af en bedrift efter direktivet. I et sådant tilfælde ville der være tale om en tjenesteydelse, som virksomheden ved kontrakt lader udføre, fordi den ikke kan eller ikke vil udføre disse aktiviteter med sit eget personale eller sine egne midler. Det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, hvorvidt rengøringsarbejdet i den foreliggende sag falder inden for den første kategori.

8. For det første vil jeg gøre det klart, at jeg — som Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen — ikke kan se nogen grund til at udelukke *rengøring* fra den type aktiviteter, der kan være genstand for overførsel efter direktivet. Udslagsgivende for, om en aktivitet omfattes af direktivets

anvendelsesområde, er — set på baggrund af hjemmelen til direktivet, nemlig traktatens artikel 100 — alene det forhold, at den udgør økonomisk virksomhed efter EF-traktatens artikel 2 ⁵. Dette er utvivlsomt tilfældet for rengøringsarbejde.

Dette er imidlertid ikke problemet i den foreliggende sag. Det centrale spørgsmål er her, om det forhold, at man ophører med en nærmere bestemt aktivitet i en virksomhed og derefter overdrager den til en anden virksomhed, skal anses for at være en overførsel af en del af en bedrift efter direktivet.

9. Som Landesarbeitsgericht har fastslået, kan dette i betragtning af Domstolens seneste praksis, særligt dommene i Redmond Stichting-sagen og Watson Rask-sagen, ikke udelukkes på forhånd.

I Redmond Stichting-dommen fastslog Domstolen, at når en virksomheds aktiviteter — i den foreliggende sag drejede det sig om en fond oprettet i henhold til nederlandsk ret, der ydede hjælp til forskellige kategorier af misbrugere — kun delvis (nemlig alene for så vidt angik direkte hjælpeforanstaltninger, men ikke sociale og rekreative aktiviteter) overføres til en anden virksomhed, medfører

5 — Domstolen har allerede fastslået i dom af 14.7.1976 (sag 13/76, Donà, Sml. s. 1333, præmis 12) og senest i dom af 5.10.1988 (sag 196/87, Steymann, Sml. s. 6159, præmis 10), at begrebet »økonomisk virksomhed« i EF-traktatens artikel 2 omfatter enhver lønnet arbejdsydelse eller tjenesteydelse mod vederlag.

4 — Dom af 12.11.1992 (sag C-209/91, Sml. I, s. 5755).

dette ikke nødvendigvis, at direktivet ikke finder anvendelse. Domstolen bemærkede, at alene det forhold, at sådanne sociale og rekreative aktiviteter

kunne finde anvendelse på en sådan situation, besvarede Domstolen bekræftende. Domstolen tilføjede dertil særligt, at

»har haft et selvstændigt formål, ikke er tilstrækkeligt til at udelukke anvendelsen af direktivets ovennævnte bestemmelser, idet disse ikke blot vedrører overførsel af virksomheder, men også overførsel af bedrifter eller dele af bedrifter, som *aktiviteter af særlig art* kan ligestilles med«⁶.

»når en virksomhed ved aftale overdrager ansvaret for en servicefunktion inden for virksomheden, såsom en kantine, til en anden virksomhed, som herved påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for de arbejdstagere, der er tilknyttet den pågældende servicefunktion, kan den således gennemførte transaktion falde ind under direktivets anvendelsesområde, således som det er defineret i artikel 1, stk. 1. Den omstændighed, at den overførte aktivitet kun er *af sekundær betydning for den overdragende virksomhed og ikke er nødvendig i forhold til virksomhedens formål*, kan ikke medføre, at transaktionen falder uden for direktivets anvendelsesområde«⁷.

10. Ovennævnte Watson Rask-dom — afsagt efter den præjudicielle forelæggelseskendelse af 27. oktober 1992 i nærværende sag — vedrørte en virksomhed, Philips, der ved aftale havde overdraget driften af virksomhedens fire personalekantiner til en cateringvirksomhed, ISS. I henhold til aftalen forpligtede ISS sig til på uændrede vilkår at overtage Philips' ansatte (ca. ti), der arbejdede i kantinerne, mod et fast månedligt vederlag og visse naturalydelse. Disse ydelser bestod i, at Philips vederlagsfrit stillede lokaler, driftsudstyr, el, varme, renovation, telefon og omklædningsrum til rådighed, samt at Philips leverede visse forbrugsgoder til engrospriser. Spørgsmålet, om direktivet

11. Ifølge Domstolens faste praksis skal det overlades den forelæggende ret at afgøre, hvorvidt direktivet *faktisk* finder anvendelse, idet denne derved kan lade sig vejlede af de af Domstolen i præmis 13 i Spijkersdommen nævnte faktorer:

»Ved afgørelsen af, om dette må anses for tilfældet, må der tages hensyn til samtlige omstændigheder omkring afhændelsen, herunder hvilken form for virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overtagelse af de fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre, værdien af de

6 — Redmond Stichting-dommen, præmis 30 (min fremhævelse).

7 — Watson Rask-dommen, præmis 17 (min fremhævelse).

immaterielle aktiver på tidspunktet for overdragelsen, hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overtages, samt i hvor høj grad de økonomiske aktiviteter før og efter overdragelsen er de samme, og hvor længe virksomhedens drift eventuelt har været indstillet. Det bemærkes dog i denne forbindelse, at alle disse omstændigheder kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret. «⁸

12. En sag som den foreliggende kræver imidlertid yderligere præcisering. Der opstår nemlig det spørgsmål, om den blotte overdragelse af en aktivitet til tredjemand (»contracting out«) — også når der som i den foreliggende sag hverken sker direkte eller indirekte overførsel af fysiske og/eller immaterielle aktiver af nogen særlig betydning, og kun én ansat berøres af overførslen — kan anses for at være en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift efter direktivets artikel 1, stk. 1.

Udgangspunktet for besvarelsen af dette spørgsmål finder man i Spijkers-dommens

⁸ — Spijkers-dommen, præmis 13; jf. endvidere Redmond Stichting-dommen, præmis 24, og Watson Rask-dommen, præmis 20.

præmis 11 og 12 (der står umiddelbart før den ovenfor citerede præmis):

»Det fremgår således af en samlet vurdering af direktiv 77/187 og af ordlyden af dets artikel 1, stk. 1, at formålet med direktivet er at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver, og det må følge heraf, at det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet.

Et forhold er således ikke omfattet af begrebet overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, blot fordi den pågældende virksomheds aktiver overdrages. I et tilfælde som det i sagen omhandlede må der således ske en nærmere vurdering af, om der er tale om en endnu bestående økonomisk enhed, som afhændes, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt den nye indehaver rent faktisk fortsætter eller genoptager driften i form af de samme eller tilsvarende økonomiske aktiviteter.«

13. Det fremgår af ovenstående passage, at Domstolen i de tre begreber, »virksomhed«, »bedrift« eller »del af en bedrift« anerkender et underliggende begreb, nemlig begrebet

»økonomisk enhed« eller »virksomhed«⁹, der efter min opfattelse forudsætter en enhed med et minimum af *organisatorisk selvstændighed*, der kan bestå i sig selv eller udgøre en del af et større foretagende. I Botzen-dommen, der blev afsagt før Spijkers-dommen, havde Domstolen allerede fastslået, at det eneste afgørende kriterium for, om de ansattes rettigheder og forpligtelser overgår til erhververen, »er, om den afdeling, arbejdstagerne var tilknyttet, og som *fra et organisatorisk synspunkt dannede rammen* om deres arbejdsforhold, overføres eller ej«¹⁰.

14. I Spijkers-dommen præciserede Domstolen endvidere, at en blot overdragelse af aktiver ikke er tilstrækkelig til, at der er tale om en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller en del af en bedrift. Det er derfor rigtigt — som påpeget af den tyske regering — at den blotte overdragelse af f.eks. en ejendom eller en maskine ikke falder ind under direktivet. Snarere skal der (af de nationale retter) — således som det fremgår af Domstolens opremsning — tages hensyn til faktorer som overførsel af »fysiske aktiver som for eksempel bygninger og løsøre« og »immaterielle aktiver« samt »hvorvidt den nye indehaver overtager størstedelen af arbejdsstyrken«.

Af ovenstående udleder jeg, at der til grund for udtrykket »virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter« i direktivet ligger begrebet »økonomisk enhed«, der forudsætter en organiseret enhed, der består af personer og (fysiske eller immaterielle) aktiver, ved hjælp af hvilke der udføres en økonomisk aktivitet med selvstændigt formål — selv hvis dette er af underordnet betydning i forhold til virksomhedens formål; en enhed, der i øvrigt kan være en del af et større foretagendes helhed¹¹.

15. Det tilkommer den nationale ret at anvende denne definition i den konkrete sag under hensyntagen til ovenfor anførte »samtlige omstændigheder« (punkt 11) på det konkrete tilfælde. Hvad angår det andet spørgsmål, der er forelagt af Landesarbeitsgericht, vil jeg dog bemærke, at selv om et strengt kvantitativt kriterium til afgrænsning af direktivets anvendelsesområde ikke forekommer mig at være ønskeligt, er det forhold, at den pågældende økonomiske aktivitet kun udføres af en enkelt ansat, én af de omstændigheder, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, hvorvidt der foreligger en organisatorisk enhed.

⁹ — »Økonomisk enhed« er det udtryk, der anvendes i de fleste sproglige versioner af dommen, særligt i den danske (»økonomisk enhed«), den tyske (»wirtschaftliche Einheit«), den franske (»entité économique«), den italienske (»entità economica«), den portugisiske (»entidade económica«) og den spanske (»entidad económica«). Den engelske og nederlandske version anvender henholdsvis udtrykkene »business« og »bedrijf«.

¹⁰ — Dom af 7.2.1985 (sag 186/83, Botzen, Sml. s. 519, præmis 14, min fremhævelse).

¹¹ — Se til sammenligning den definition, som Domstolen — ganske vist i forbindelse med andre bestemmelser — har foretaget af begrebet »del af en virksomhed« i artikel 7 i direktiv 69/335/EØF om kapitaltilførselsafgifter (EFT 1969 II, s. 405), hvorefter det omfatter »enhver virksomhedsdel, som udgør en organiseret enhed af formuegenstande og personer, som kan bidrage til gennemførelsen af en bestemt virksomhed« (dom af 13.10.1992, sag C-50/91, Commerz-Credit-Bank, Sml. I, s. 5225, præmis 12).

Sammenfatning

16. Jeg skal derfor foreslå Domstolen at besvare de af Landesarbeitsgericht forelagte spørgsmål som følger:

»Rengøringsarbejde er en økonomisk virksomhed, der kan falde inden for anvendelsesområdet for direktiv 77/187/EØF. Ved afgørelsen af, hvorvidt direktivet faktisk finder anvendelse på en situation, hvor en virksomhed ophører med at udføre rengøringsarbejde, der indtil da blev udført af virksomhedens personale, og ved aftale overdrager det til en anden virksomhed, skal den nationale ret i lyset af de fortolkningsmomenter, Domstolen gennem fast praksis har fastlagt, vurdere, om der i den konkrete situation foreligger en overførsel af en økonomisk enhed, det vil sige en organiseret enhed, der består af personer og (fysiske eller immaterielle) aktiver, ved hjælp af hvilke der udføres en økonomisk virksomhed med selvstændige — endog sekundære — formål.«