

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

P. MENGOZZI

fremsat den 6. november 2008¹

1. Ved den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse har Landesarbeitsgericht Düsseldorf forelagt Domstolen et spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter².

I — Retsforskrifter**A — Fællesskabsbestemmelser**

3. Første, anden og tredje betragtning til direktiv 2001/23 har følgende ordlyd:

2. Dette spørgsmål er blevet rejst inden for rammerne af en retssag, der føres af Dietmar Klarenberg mod selskabet Ferrotron Technologies GmbH (herefter »Ferrotron«), vedrørende videreførelse af det arbejdsforhold, appellant havde med selskabet ET Electro-technology GmbH (herefter »ET«), i forhold til indstævnte.

»Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter³ har været underkastet omfattende ændringer. Direktivet bør derfor kodificeres, således at dets bestemmelser kan fremtræde klart og rationelt.

1 — Originalsprog: italiensk.

2 — EFT L 82, s. 16.

3 — EFT L 61, s. 26.

Både på nationalt plan og på fællesskabsplan medfører den økonomiske udvikling, at der sker ændringer i virksomhedernes struktur bl.a. i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter til andre indehavere som følge af overdragelse eller fusion.

accessorisk, jf. dog litra a) og de følgende bestemmelser i denne artikel.«

5. I direktivets artikel 3, stk. 1, er følgende fastsat:

Det er nødvendigt at fastsætte bestemmelser til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af ny indehaver især for at sikre varetagelsen af deres rettigheder.«

»Overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, overgår som følge af denne overførsel til erhververen.«

4. Artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2001/23 bestemmer:

B — *De nationale bestemmelser*

»a) Dette direktiv finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion.

6. I tysk ret er direktiv 2001/23 og de forudgående direktiver⁴ blevet gennemført ved § 613a i Bürgerliches Gesetzbuch (herefter »BGB«). Bestemmelsens stk. 1 bestemmer:

b) Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller

»Når en virksomhed eller en del af en virksomhed gennem en retshandel overføres

4 — Direktiv 77/187, nævnt ovenfor i punkt 3, og Rådets direktiv 98/50/EF af 29.6.1998 om ændring af 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 (EFT L 201, s. 88).

til en anden indehaver, indtræder denne i de rettigheder og forpligtelser, som hidrører fra de arbejdsforhold, der bestod på overførselstidspunktet.«

produkter til måle- og styringsteknik i stålindustrien.

II — Hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

7. Siden den 1. januar 1989 har Dietmar Klarenberg, der er appellant i hovedsagen, været ansat ved ET, der er et selskab, der driver virksomhed med industriel automatisering, måle- og styringsteknik. Den 1. maj 1992 blev han udnævnt til leder af afdeling F+E/ET-systemer/netværk/IBS (forskning i og udvikling/elektroniske systemer/netværk/interface) i ET. Denne afdeling var sammensat af tre enheder: F+E/ET-systemer (forskning i og udvikling af elektroniske systemer), som Dietmar Klarenberg var direkte ansvarlig for, EDC/netværk/serversystemer/datasikring og produktion/omstillingsskabe/platiner, som hr. Neumann var ansvarlig for, og denne var samtidig viceansvarlig for hele afdelingen.

8. Ferrotron, der er indstævnte i hovedsagen, er specialiseret i udformning og fremstilling af

9. Den 22. november 2005 indgik ET med sagsøgte og dettes moderselskab, der er hjemmehørende i USA, en »Asset and Business Sale and Purchase Agreement« vedrørende følgende produkter og teknologi: ET-DecNT (digitale elektrodestyringer til elektrolysstøfofne), FT7000, ET-TempNet og ET-OxyNet (målesystemer til metalindustrien). Alle de omhandlede produkter henhørte under enheden F+E/ET-systemer. Indstævntes moderselskab erhvervede ifølge denne aftale alle rettigheder over virksomhedens software, over patenter, patentansøgnelser og opfindelser samt over produktnavnene og den tekniske knowhow med hensyn til de pågældende produkter. Indstævnte erhvervede udviklingsmateriellet, fremstillingsmateriellet samt en leverandør- og en kundeliste. Visse af ET's ansatte blev også overført, dvs. Hr. Neumann, der var viceansvarlig for F+E/ET-systemer/netværk/IBS, og tre ingeniører fra enheden F+E/ET-systemer, hr. Heck, hr. Thiessen og hr. Pavlina.

10. De produkter, der var omfattet af aftalen, blev inkorporeret i de produkter, som Ferrotron allerede udbød, og de tidligere ansatte hos ET blev integreret i indstævntes eksisterende organisationsstruktur. Denne udfører

funktioner, der også er tilknyttet produkter, der ikke er erhvervet af ET.

anvendt i artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2001/23/EF, når virksomheds-henholdsvis bedriftsdelen af den nye indehaver videreføres som en organisatorisk uafhængig virksomheds- henholdsvis bedriftsdel?»

11. Den 17. juli 2006 blev der indledt en insolvensprocedure mod ET.

III — Stillingtagen

12. Dietmar Klarenberg anlagde sag ved Arbeitsgericht Wesel med påstand om, at det blev fastslået, at hans arbejdsforhold med ET blev videreført med Ferrotron. Da han ikke fik medhold i sagen ved Arbeitsgericht, appellerede han afgørelsen til Landesarbeitsgericht Düsseldorf, idet han principalt nedlagde påstand om, at indstævnte tilpligtedes at genindsætte ham som områdeansvarlig under de vilkår, der fremgår af den ansættelseskontrakt, som han indgik med ET den 1. januar 1989, og subsidiært at det blev anerkendt, at der foreligger et arbejdsforhold med indstævnte med virkning fra den 9. december 2005.

A — *Indledende bemærkninger vedrørende formaliteten og genstanden for det præjudicielle spørgsmål*

14. Ferrotron har bestridt, at det præjudicielle spørgsmål har nogen relevans for afgørelsen af den foreliggende tvist, og har fremsat tre anbringender til støtte herfor.

13. Da Landesarbeitsgericht Düsseldorf fandt, at afgørelsen af tvisten afhang af fortolkningen af direktiv 2001/23, forelagde den Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Foreligger der kun en overførsel af en del af en virksomhed eller en bedrift til en anden indehaver i den forstand, hvori udtrykket er

15. Selskabet har for det første gjort gældende, at det er udelukket, at der kan foreligge en overførsel i direktivets forstand, eftersom det ikke er blevet godtgjort, at de elementer, Ferrotron erhvervede, udgjorde en enhed, der var egnet til at være genstand for en sådan overførsel. Selskabet har for det andet anført, at selv hvis det må lægges til grund, at der er sket en overførsel i direktivets forstand, indebærer dette ikke, at appellantens arbejdskontrakt overføres, eftersom dennes funktioner hos ET i vidt omfang blev udøvet i andre enheder end F+E/ET-systemer og følgelig ikke

kunne anses for at være forbundet hermed⁵. Indstævnte er for det tredje af den opfattelse, at appellanten har fortabt sin ret til at påberåbe sig en overførsel af sin arbejdskontrakt, eftersom han, selv om han havde kendskab til den aftale, der var indgået mellem Ferrotron og ET, ikke desto mindre afventede dennes insolvens, før han fremsatte krav over for indstævnte.

har fastlagt inden for sit ansvarsområde, og som det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve rigtigheden af⁷. En afvisning fra realitetsbehandling af en anmodning fra en national ret er således kun mulig, hvis det viser sig, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten åbenbart savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand⁸.

16. På grundlag af ovennævnte argumenter ønsker indstævnte følgelig, at Domstolen foretager en prøvelse af, om det præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling henset til dets relevans for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. Hertil bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at det i princippet udelukkende tilkommer de nationale retter på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at de kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, de forelægger Domstolen⁶. Heraf følger, at der er en formodning for, at de spørgsmål er relevante, som den nationale ret har stillet på det retlige og faktiske grundlag, som den

17. Indstævnets argumenter synes ikke at være af en sådan art, at de kan svække den efter Domstolens praksis gældende formodning for, at det i denne sag forelagte spørgsmål er relevant.

18. Hvad særligt angår Ferrotrons argument om, at det ikke er bevist, at der er tale om en enhed, der kan være genstand for en overførsel, skal jeg desuden bemærke, at den forelæggende ret klart har taget udgangspunkt i den modsatte forudsætning, idet den har anført, at enheden F+E/ET-systemer, der er omfattet af aftalen mellem ET og Ferrotron, udgør »en del af en virksomhed som omhandlet i BGB's § 613a, stk. 1, første punktum, der er blevet overført til indstævnte på grund af indstævnets erhvervelse af væsentlige materielle driftsmidler samt den dertil hørende kunde- og leverandørliste og dennes overtagelse af en del af de i virksomhedsdelen beskæftigede vidensmedarbej-

5 — I parentes bemærkes, at Domstolen allerede i dom af 7.2.1985, sag 186/83, Botzen m.fl., Sml. s. 519, har haft lejlighed til at afgøre en præjudiciel sag, hvori der var rejst et spørgsmål i lighed med det, der er fremsat af Ferrotron i anden del af selskabets argumentation. I den nævnte dom præciserede Domstolen, at i tilfælde, hvor overførslen kun vedrører en bedrift eller en del af en bedrift, dvs. en del af virksomheden, udstrækkes beskyttelsen efter direktivet til de arbejdstagere, der er tilknyttet denne del af virksomheden, idet »arbejdsforholdet [...] i alt væsentligt [er] karakteriseret ved den tilknytning, arbejdstageren har til den del af virksomheden eller bedriften, ved hvilken han er placeret for at udøve sit hverv« (præmis 15). Domstolen fastslog desuden i dom af 24.1.2002, sag C-51/00, Temco, Sml. I, s. 969, at det ved overdragelsen af en del af en bedrift er »uden betydning for, om det skal anses for en overførsel i direktivets forstand, at den overdragende virksomhed fortsat eksisterer, efter at en anden virksomhed har overtaget en af dens aktiviteter, og at den har beholdt den del af det personale, der var beskæftiget med denne aktivitet, når den aktivitet, den skilte sig af med, i sig selv udgør en økonomisk enhed« (præmis 29).

6 — Jf. dom af 5.12.2000, sag C-448/98, Guimont, Sml. I, s. 10663, præmis 22, af 5.3.2002, forenede sager C-515/99, C-519/99 — C-524/99 og C-526/99 — C-540/99, Reisch m.fl., Sml. I, s. 2157, præmis 25.

7 — Jf. dom af 1.12.2005, sag C-213/04, Burtscher, Sml. I, s. 10309, præmis 35.

8 — Jf. dom af 6.6.2000, sag C-281/98, Angonese, Sml. I, s. 4139, præmis 18.

dere samt moderselskabets erhvervelse af rettighederne til de væsentlige produkter og teknologier»⁹. Den forelæggende ret har derimod rejst tvivl om muligheden for at kvalificere den omhandlede transaktion som en overførsel som omhandlet i den bestemmelse, hvorved direktivet er blevet gennemført i intern ret, henset til den omstændighed, at den overførte enhed ikke har bevaret sin organisatoriske uafhængighed hos erhververen.

19. Essensen af den præjudicielle forelæggelse vedrører således spørgsmålet, om der på overdragelsestidspunktet forelå en enhed, der var egnet til overførsel.

B — Om begrebet overførsel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2001/23

20. Som bekendt indeholdt direktiv 77/187¹⁰ ikke oprindeligt en definition af begrebet overførsel. Det er først ved direktiv 98/50¹¹, at en sådan definition blev indsat i direktiv 77/187 i form af en ændring af direktivets artikel 1. I anledning af denne ændring anførtes det i fjerde betragtning til direktiv 98/50, at hensyn til retssikkerheden og gennemsigtigheden nødvendiggjorde en

afklaring af »begrebet overførsel [...] på baggrund af Domstolens retspraksis«, og det blev præciseret, at denne afklaring ikke ændrer anvendelsesområdet for direktiv 77/187 som fortolket af Domstolen.

21. Den samme definition af begrebet overførsel, der blev indført ved direktiv 98/50, findes i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23, hvorved direktiv 77/187 blev ophævet. Ottende betragtning til direktiv 2001/23 gentager ordlyden af fjerde betragtning til direktiv 98/50, hvorved det således bekræftes, at der foreligger en kontinuitet ikke blot for så vidt angår bestemmelserne, men også med hensyn til fortolkningen af direktiv 77/187, som direktiv 2001/23 udgør en kodifikation af¹².

22. Med henblik på at afklare begrebet overførsel som omhandlet i direktiv 2001/23 er det følgelig nødvendigt at inddrage Domstolens praksis med hensyn til fortolkningen af direktiv 77/187.

23. Det saglige anvendelsesområde for direktivet har fra begyndelsen været defineret meget bredt: Det omfatter »alle de tilfælde,

⁹ — Jf. forelæggelsesafgørelsens punkt II, s. 3.

¹⁰ — Jf. punkt 3 ovenfor.

¹¹ — Jf. punkt 4 ovenfor.

¹² — Jf. første betragtning til direktiv 2001/23.

hvor der som led i en aftale sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens eller bedriftens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden»¹³.

24. I dommen i sagen Spijkers¹⁴ fra 1986 gav Domstolen, der havde fået forelagt et spørgsmål af Nederlandenes Hoge Raad om, hvilke elementer der skulle lægges vægt på ved afgørelsen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, en definition af begrebet overførsel, der konsekvent er blevet gentaget i senere retspraksis.

25. I den nævnte dom fastslog Domstolen frem for alt, at henset til direktivets formål, der er at »sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver«, er det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, »om den pågældende økonomiske enhed *har bevaret sin identitet*»¹⁵ og ikke en simpel afhændelse af virksomhedens aktiver. Domstolen udtalte videre, at det i et tilfælde som det, der var forelagt til bedømmelse af Hoge Raad, hvor overdrageren på tidspunktet for overdragelsen ikke længere drev virksomhed, skulle efterprøves, »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»¹⁶. Domstolen udtalte endvidere, at ved afgørelsen af, om disse betingelser er opfyldt, »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 f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de 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»¹⁷. Domstolen bemærkede, at »[a]lle disse omstændigheder [dog] kun kan indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og at de derfor ikke kan vurderes isoleret»¹⁸. Domstolen udtalte endelig, at det tilkommer den nationale ret at foretage den vurdering af de faktiske omstændigheder, som er nødvendig for at kunne afgøre, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, under hensyntagen til de af Domstolen angivne fortolkningselementer.

26. I Spijkers-dommen såvel som i en stor del af den efterfølgende retspraksis¹⁹ lagde Domstolen i hvert fald indtil slutningen af 1990'erne særlig vægt på, om aktiviteten i overdragerens virksomhed, eller en tilsva-

16 — Præmis 12 og 15.

17 — Præmis 13.

18 — Præmis 13.

19 — Jf. bl.a. dom af 10.2.1988, sag 324/86, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, Sml. s. 739, præmis 10, dommen i sagen Bork International m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 14, samt dom af 19.5.1992, sag C-29/91, Redmond Stichting, Sml. I, s. 3189, præmis 31, af 12.11.1992, sag C-209/91, Watson Rask og Christensen, Sml. I, s. 5755, præmis 19, og af 7.3.1996, forenede sager C-171/94 og C-172/94, Merckx og Neuhuys, Sml. I, s. 1253, præmis 16.

13 — Jf. dom af 17.12.1987, sag 287/86, Ny Mølle Kro, Sml. s. 5465, præmis 12, af 5.5.1988, forenede sager 144/87 og 145/87, Berg, Sml. s. 2559, præmis 17, og af 15.6.1988, sag 101/87, Bork International m.fl., Sml. s. 3057, præmis 13.

14 — Jf. dom af 18.3.1986, sag 24/85, Sml. s. 1119.

15 — Præmis 11, min fremhævelse.

rende aktivitet, *fortsatte eller blev genoptaget af erhververen*. Den overførte økonomiske enheds egnethed til ikke at miste sin identitet syntes i det væsentlige at være sammenfaldende med spørgsmålet om, hvorvidt enheden »dels stadig er i drift, dels er levedygtig«²⁰ efter overførslen. Denne fortolkning blev understøttet af, at de eneste situationer, hvor Domstolen gentagne gange udelukkede, at der forelå en overførsel, vedrørte virksomhedens konkurs eller likvidation²¹. Domstolen har desuden, også inden for rammerne af denne praksis, konsekvent sondret mellem insolvensprocedurer, hvorved der tilsigtes en likvidation af aktiverne, og de procedurer, hvorved der tilsigtes en videreførelse af virksomhedens aktivitet: I sidstnævnte tilfælde finder direktivet fortsat anvendelse²².

27. Dommen i sagen Süzen²³ markerer imidlertid en retningsændring i forhold til tidligere afgørelser.

28. Ved den lejlighed var Domstolen blevet anmodet om at afgøre, om direktiv 77/187 ligeledes fandt anvendelse i en situation, hvor en ordregiver, som har overdraget rengøringen af sine lokaler til én entreprenør, opsiger aftalen med denne og indgår en ny aftale med en anden entreprenør vedrørende udførelsen af tilsvarende arbejde, selv om der

ikke i denne forbindelse overdrages materielle eller immaterielle aktiver, og selv om den nye entreprenør ikke overtager størstedelen af den arbejdsstyrke, der af forgængeren allerede var bestemt til at opfylde aftalen. Efter at have defineret begrebet økonomisk enhed som »en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål«²⁴, udtalte Domstolen, at »den omstændighed, at den tjenesteydelse, som udføres af den gamle og den nye ordremodtager, er den samme, [...] ikke i sig selv [er] *tilstrækkelig til, at der er tale om overførsel af en økonomisk enhed*« mellem den første og den anden virksomhed. Ifølge Domstolen kan en sådan enhed nemlig »*ikke begrænses til den aktivitet, den udfører*«, idet »[d]ens identitet [også] består [...] af andre forhold, som f.eks. det personale, der er ansat i enheden, dens ydre rammer, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over«²⁵.

29. Denne linje fastholdes i senere domme²⁶, hvor betydningen af spørgsmålet om, hvorvidt virksomhedens aktivitet videreføres af erhververen, svækkes, og betydningen af en samlet vurdering af de omstændigheder, der kendetegner den pågældende transaktion, styrkes.

20 — Udtrykket stammer fra generaladvokat Mancinis forslag til afgørelse i Berg-sagerne, nævnt ovenfor i fodnote 13.

21 — Jf. dom af 7.2.1985, sag 135/83, Abels, Sml. s. 469, og af 11.7.1985, sag 105/84, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, Sml. s. 2639.

22 — Jf. dom af 25.7.1991, sag C-362/89, d'Urso m.fl., Sml. I, s. 4105, af 7.12.1995, sag C-472/93, Spano m.fl., Sml. I, s. 4321, præmis 24-29, og af 12.3.1998, sag C-319/94, Dethier Equipement, Sml. I, s. 1061, præmis 31 og 32.

23 — Dom af 11.3.1997, sag C-13/95, Sml. I, s. 1259.

24 — Præmis 13. Allerede i dom af 19.9.1995, sag C-48/94, Rygaard, Sml. I, s. 2745, præmis 20, fastslog Domstolen, at det er en forudsætning for anvendelsen af direktivet, at »overførselen vedrører en økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, og hvis aktiviteter ikke er begrænset til udførelsen af en nærmere bestemt entrepris«.

25 — Præmis 15. Min fremhævelse. I forslaget til afgørelse havde generaladvokat La Pergola foreslået Domstolen, at den forlod kriteriet om fortsættelse af virksomhedens aktivitet til fordel for et kriterium om overdragelse af aktiver mellem overdrager og erhverver.

26 — Jf. dom af 10.12.1998, forenede sager C-127/96, C-229/96 og C-74/97, Hernández Vidal m.fl., Sml. I, s. 8179, præmis 30, af 10.12.1998, forenede sager C-173/96 og C-247/96, Hidalgo m.fl., Sml. I, s. 8237, præmis 30, af 25.1.2001, sag C-172/99, Liikenne, Sml. I, s. 745, præmis 34, og af 20.11.2003, sag C-340/01, Abler m.fl., Sml. I, s. 14023, præmis 35.

Inden for rammerne af denne vurdering skal relevansen af de forskellige kriterier, der tages i betragtning, imidlertid afvejes efter den pågældende sags kendetegn²⁷, idet det ikke er muligt at udpege et kriterium, der generelt skal tillægges mere vægt end de andre. Herved har Domstolen tilmed udtalt, at »[v]aretagelse af arbejdstagernes rettigheder — hvilket ifølge direktivets overskrift endog er dets formål — [ikke] kan afhænge alene af én faktor [...]«²⁸, selv om den henhører under dem, der skal lægges til grund for vurderingen.

30. Blandt de omstændigheder, som Domstolen har fundet relevante, men ikke afgørende, kan til eksempel nævnes den omstændighed, at virksomheden på overførselstidspunktet var midlertidigt lukket og følgelig ikke havde personale beskæftiget, navnlig når der er tale om sæsondrevet virksomhed²⁹. På samme måde gælder det, at selv om overdragelsen af aktiver henhører under de grundlæggende kriterier, der skal lægges til grund for vurderingen, kan en manglende overdragelse heraf ifølge Domstolen ikke begrunde, at en sådan transaktion udelukkes fra direktivets anvendelsesområde³⁰, medmindre der er tale om virksomheder, der er aktive inden for sektorer, »hvor de fysiske elementer udgør et væsentligt

element i virksomhedsdriften«³¹. Selv om overtagelsen af en efter antal og kvalifikationer betydelig del af den arbejdsstyrke, der var ansat hos forgængeren, kombineret med en videreførelse af virksomhedens aktiviteter, kan være tilstrækkelig til, at der er tale om en overførsel i direktivets forstand på områder, hvor driften hovedsageligt hviler på arbejdskraften³², kan denne omstændighed ikke være afgørende i andre tilfælde³³. Domstolen fastslog endelig i dommen i sagen Mayeur³⁴, at det ikke kan »udelukkes, at nærmere forhold som f.eks. den økonomiske enheds organisatoriske opbygning, virkemåde, finansiering, drift samt gældende regler kendetegner enheden på en sådan måde, at en ændring af de pågældende forhold som følge af, at enheden overføres, under visse omstændigheder medfører, at enheden skifter identitet«³⁵. Domstolen har imidlertid udelukket, at dette var tilfældet, »såfremt en kommune, der som offentligretlig juridisk person handler inden for rammerne af specifikke forvaltningsretlige regler, overtager reklame- og informationsarbejde vedrørende kommunens tilbud til offentligheden, hvilket arbejde indtil da i kommunens interesse blev udført af en ikke-erhvervsdrivende sammenslutning, der var en privatretlig juridisk person, forudsat at den overdragne enhed bevarer sin identitet«³⁶. Det skal imidlertid bemærkes, at Domstolen i denne dom blandt de forskellige faktorer, den tog i betragtning, lagde særlig vægt på, at kommunen videreførte den aktivitet, der tidligere blev udført af

27 — Jf. i denne retning Süzen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 18, dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., nævnt i foregående fodnote, præmis 31, Temco-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 25, dom af 9.12.2004, sag C-460/02, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11547, præmis 41, og af 15.12.2005, forenede sager C-232/04 og C-233/04, Güney-Görres og Demir, Sml. I, s. 11237, præmis 35, samt Liikenne-dommen, nævnt i den foregående fodnote, præmis 35.

28 — Jf. dom af 14.4.1994, sag C-392/92, Schmidt, Sml. I, s. 1311, præmis 16. Min fremhævelse.

29 — Jf. Ny Mølle Kro-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 9 og 20.

30 — Jf. Schmidt-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28, præmis 16, Merckx og Neuhuys-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, præmis 21, Süzen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 17, og Temco-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 25.

31 — Jf. Liikenne-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 39-42. I denne dom afviste Domstolen, at direktivet fandt anvendelse i en situation, hvori betjeningen af busruter overgik fra et busselskab til et andet i henhold til en offentlig udbudsprocedure, uanset at det nye selskab overtog en væsentlig del af personalet fra det gamle, og der var tale om en overtagelse af kundekredsen.

32 — Jf. Süzen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, præmis 21, dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 32, og Temco-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 26.

33 — Jf. f.eks. Liikenne-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 26, og dommen i sagen Abler m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 37.

34 — Dom af 26.9.2000, sag C-175/99, Sml. I, s. 7755, præmis 49.

35 — Præmis 53.

36 — Domskonklusionen.

sammenslutningen, og navnlig den del af denne aktivitet, som var forbundet med sagsøgerens hverv i hovedsagen ³⁷.

31. Ovenstående korte gennemgang viser, at Domstolen fortrinsvis har anlagt en konkret vurdering fra sag til sag ved afgørelsen af, om der foreligger en overførsel som omhandlet i direktiv 77/178.

32. Ved at foretrække en sådan fremgangsmåde har Domstolen uden tvivl, som generaladvokat La Pergola tidligere har anført, anlagt »en indfaldsvinkel, som muliggør en kærkommen fleksibilitet i anvendelsen af kriterierne i forhold til de forskellige situationer, der kan forekomme i Fællesskabets økonomi« ³⁸, men har samtidig afstået fra at definere kernen i begrebet overførsel af en virksomhed, dvs. begrebets minimumsindhold — hvilket i det konkrete tilfælde ville gøre det muligt at afgrænse en sådan overførsel i forhold til en simpel overdragelse af aktiver — og derved opnået, at grænserne for beskyttelsen efter direktivet er mere fleksible, men også mindre klare.

33. Henset til ovenstående vil jeg nu behandle det spørgsmål, som den nationale ret har forelagt.

C — Om det præjudicielle spørgsmål

34. Den forelæggende ret har nærmere bestemt spurgt Domstolen, om der er tale om en overførsel af en del af en virksomhed eller bedrift som omhandlet i artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2001/23, når den nye erhvervsdrivende ikke bevarer de erhvervede elementers organisatoriske uafhængighed, men integrerer dem i den eksisterende organisatoriske struktur. Ifølge forelæggelsesafgørelsen har man i Bundesarbeitsgerichts seneste retspraksis lagt til grund, at der i en sådan situation er tale om en simpel overdragelse af aktiver, og der derfor ikke foreligger en overførsel som omhandlet i de nationale gennemførelsesbestemmelser til direktivet.

35. Indstævnte i hovedsagen har under henvisning til Bundesarbeitsgerichts praksis gjort gældende, at den overdragne enhed ikke bevarer sin identitet, såfremt den mister sin organisatoriske uafhængighed som følge af overdragelsen, hvilket er tilfældet, når de erhvervede ressourcer integreres af erhververen i en helt ny organisatorisk struktur. I det konkrete tilfælde er Ferrotrons tilrettelæggelse af arbejdet baseret på en underinddeling efter aktivitetsområde og ikke efter produktserie, således som det er tilfældet ved ET. De ansatte i sidstnævnte selskab såvel som de forskellige elementer, som Ferrotron har overtaget, er følgelig blevet integreret i erhververens struktur på grundlag af en ny tilrettelæggelse af arbejdet.

36. Den tyske regering og Kommissionen er imidlertid af en anden opfattelse. De har

³⁷ — Jf. præmis 54.

³⁸ — Forslag til afgørelse i Süzen-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 23.

under henvisning til Domstolens praksis anført, at spørgsmålet, om der foreligger en overførsel i direktivets forstand, skal bedømmes inden for rammerne af en overordnet vurdering, hvorved der tages hensyn til de relevante faktorer. Kriteriet om bevarelse af den overførte enheds organisatoriske uafhængighed er kun ét af de kriterier, der skal lægges til grund for denne vurdering.

37. Jeg deler den tyske regerings og Kommissionens opfattelse.

38. Denne opfattelse er først og fremmest i overensstemmelse med den kasuistiske linje, som Domstolen hidtil har fulgt, og med den vægt, som Domstolen lægger på vigtigheden af at vurdere hver transaktion i lyset af samtlige de omstændigheder, der kendetegner den. En sådan fremgangsmåde synes at være metodologisk uforenelig med en afvisning af, at der foreligger en overførsel af en virksomhed i direktivets forstand, hvilken afvisning man når frem til ved at tage hensyn til et enkelt element, der er løsrevet fra en overordnet samlet bedømmelse³⁹.

39. Der er ingen tvivl om, at den organisatoriske faktor generelt medvirker til at definere »identiteten« af den overtagne økonomiske

enhed⁴⁰, og som Domstolen har anerkendt i Mayeur-dommen⁴¹, at den i bestemte tilfælde i lighed med andre faktorer, såsom virkemåde, finansiering, drift og gældende retsregler, kan kendetegne enheden på en sådan måde, at en ændring heraf i form af en overførsel medfører, at enheden skifter identitet⁴².

40. I retspraksis er der imidlertid eksempler på, at Domstolen har afvist, at en ændring i den overtagne enheds organisatoriske opbygning⁴³, eller en ændring af arbejdets tilrettelæggelse⁴⁴, er af en sådan art, at der foreligger en overførsel i direktivets forstand, også når disse ændringer har medført en afgørende modifikation i den overtagne enheds driftsmåde med afsmitning på selve muligheden for at videreføre de overførte medarbejderes arbejdsforhold med erhververen⁴⁵.

41. Indstævnte har til støtte for sit standpunkt henvist til begrebet økonomisk enhed, således som det er udviklet i retspraksis og gentaget i artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23, idet selskabet har gjort gældende, at

40 — Jf. Süzen-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 23, og den retspraksis, der er nævnt i fodnote 26.

41 — Nævnt ovenfor i fodnote 34.

42 — Præmis 53.

43 — Jf. f.eks. Merckx og Neuhuys-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 19, og dom af 13.9.2007, sag C-458/05, Jouini m.fl., Sml. I, s. 7301.

44 — En beslutning om f.eks. selv at udføre rengøringen ved hjælp af eget personale medfører således en ændring i arbejdets tilrettelæggelse, men betyder ikke, at der foreligger en overførsel, jf. dommen i sagen Hernández Vidal m.fl., nævnt ovenfor i fodnote 26.

45 — Jf. Mayeur-dommen, præmis 34.

39 — Jf. i denne retning Schmidt-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 28.

den overførte enhed kun bevarer sin identitet, såfremt det organisatoriske bånd, der forener samtlige personlige og materielle elementer, der indgår i opbygningen af denne enhed, opretholdes i forhold til erhververen.

42. Ifølge artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23 anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, »forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk«, som en overførsel i direktivets forstand, der uanset overførslen bevarer sin identitet. Denne bestemmelse anvender nemlig organisationskriteriet til at kvalificere begrebet »økonomisk enhed« og dets identitet. Denne henvisning må efter min opfattelse forstås som ikke værende i så høj grad rettet mod den erhvervsdrivendes specifikke tilrettelæggelse af diverse produktionsfaktorer som mod den *gensidige afhængigheds- og komplementaritetsforbindelse*, der eksisterer mellem disse sidstnævnte, og som gør, at de sammen bidrager til en bestemt økonomisk aktivitet.

43. I modsætning til det, som indstævnte synes at anføre, falder denne forbindelse, når den overførte enhed integreres i erhververens struktur — idet det antages, at den adskiller sig fra overdragerens struktur for så vidt angår størrelse og/eller organisationsmåde — ikke nødvendigvis væk.

44. Bevarelsen af den overtagne enheds identitet forudsætter med andre ord ikke, at

dennes »organisatoriske selvstændighed« opretholdes, forstået som af indstævnte som en strukturel selvstændighed, men forudsætter en opretholdelse af den eksisterende funktionelle og formålsorienterede forbindelse mellem de forskellige overførte faktorer, der sætter den nye erhvervsdrivende i stand til at anvende disse faktorer, selv om de er integreret i en anden organisatorisk struktur med henblik på at udføre en specifik økonomisk aktivitet.

45. I hovedsagen har Ferrotron erhvervet en række faktorer, der er forudbestemt til fremstilling og markedsføring af bestemte produkter, og i modsætning til det, som indstævnte anførte under retsmødet, er en sådan transaktion ikke begrænset til en udvidelse af Ferrotrons medarbejderstab, idet den har gjort det muligt for selskabet at føje en ny produktserie til den, virksomheden allerede udbød. Det er desuden ubestridt, at Ferrotron har videreført den virksomhed, der tidligere blev udført af ET under anvendelse af alle de personalemæssige, materielle og immaterielle elementer, den har erhvervet fra ET, selv om de overførte ansatte blev integreret i indstævnets struktur og udfører deres funktioner i en organisatorisk sammenhæng, der er fuldstændig anderledes end den foregående.

46. Under sådanne omstændigheder kan det med rimelighed lægges til grund, at denne eksisterende forbindelse mellem de forskellige elementer, som Ferrotron erhvervede, og som selskabet karakteriserede som »en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet«, uanset ændringerne i tilrettelæggelsen af arbejdet,

ikke er bortfaldet som følge af overførslen. På den anden side viser den omstændighed, at det blev aftalt, at ET i løbet af de første to år efter overdragelsen skulle stille det øvrige kvalificerede personale til rådighed for Ferrotron, såfremt det overførte personale svigtede, eller, alternativt, uddanne Ferrotrons personale, klart, i hvor høj grad erhververen selv erkender, at der foreligger et afhængighedsforhold mellem de forskellige erhvervede produktionsfaktorer, og at det er nødvendigt at opretholde dette forhold med henblik på fortsættelse af den pågældende aktivitet.

47. Det tilkommer således den nationale ret at foranstalte de nødvendige undersøgelser med henblik på — henset til samtlige de omstændigheder, der kendetegner den omhandlede transaktion, og til de forskellige relevante faktorer, herunder også organisationsfaktoren i den forstand, der er beskrevet ovenfor⁴⁶ — at afgøre, om den pågældende enhed konkret har bevaret sin identitet efter overdragelsen, således som det kræves efter Domstolens praksis.

48. Indstævnte har endelig anført, at såfremt det antages, at den økonomiske enhed har mistet sin organisatoriske uafhængighed efter overførslen, ville det formål, der forfølges med direktivet, dvs. opretholdelsen af det af overførslen omfattede personales arbejdsforhold, på ingen måde kunne opnås. Indstævnte har herved fremhævet, at der inden for rammerne af den nye tilrettelæggelse af arbejdet, som Ferrotron har ønsket, ikke findes en funktion

svarende til den stilling, som Dietmar Klarenberg beklædte ved ET.

49. I den sag, der gav anledning til Mayeurdommen⁴⁷, havde Den Franske Republik fremført et tilsvarende argument. I et forsøg på i den pågældende sag at udelukke, at der forelå en overførsel som omhandlet i direktiv 77/187, anførte den franske regering bl.a., at der efter fransk ret består en forpligtelse for offentlige organer til at ophæve privatretlige arbejdskontrakter, når de overtager private virksomheder. Domstolen fandt, at den omstændighed, at det var umuligt at videreføre arbejdskontrakterne med erhververen, ikke havde nogen betydning for afgørelsen af spørgsmålet, om der forelå en overførsel. Domstolen fastslog, at forpligtelsen til at ophæve arbejdskontrakterne i henhold til direktivets artikel 4, stk. 2, udgør en væsentlig ændring af arbejdsvilkårene til skade for arbejdstageren, der er en umiddelbar følge af overførslen, således at arbejdsgiveren må anses for at være ansvarlig for ophævelsen af sådanne arbejdskontrakter⁴⁸.

50. Som afslutning på min gennemgang skal jeg fremkomme med en sidste bemærkning. En situation, hvori der foreligger en overførsel, der ikke omfatter hele virksomheden, men blot en del af den, er udtrykkeligt omfattet af direktiv 2001/23, der udstrækker beskyttelsen efter direktivet til de arbejdstagere, der er berørt af en sådan transaktion. Det er netop i en sådan situation, at afgræns-

46 — Jf. præmis 42-44 ovenfor.

47 — Nævnt ovenfor i fodnote 34.

48 — Præmis 56.

ningen mellem en overførsel og en simpel overdragelse af aktiver risikerer at udviskes, hvorved det bliver vanskeligere at definere de kriterier, der gør det muligt at sondre mellem de to situationer, og hvorved risikoen for at udelukke konkrete tilfælde fra direktivets anvendelsesområde, der ellers ville være omfattet heraf, øges. Hvis integrationen af overtagne elementer i det erhvervende selskabs organisationsstruktur i sig selv var tilstrækkelig til at udelukke, at der foreligger en overførsel i direktivets forstand, ville det være særligt vanskeligt at afgøre, om direktivet finder anvendelse i tilfælde af en overdragelse af en del af en virksomhed eller en bedrift, når den pågældende transaktion som i det foreliggende tilfælde har til formål at

overdrage en aktivitetsgren mellem virksomheder, der opererer på samme marked, og som begge har deres egen organisationsstruktur.

51. Det fremgår af samtlige ovenstående betragtninger, at den omstændighed, at virksomheds- eller bedriftsdelene ikke videreføres af den nye indehaver som en organisatorisk uafhængig virksomheds- eller bedriftsdel, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at udelukke, at der foreligger en overførsel i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktiv 2001/23.

IV — Forslag til afgørelse

52. Af ovenstående grunde foreslår jeg, at Domstolen besvarer det af Landes-arbeitsgericht Düsseldorf forelagte præjudicielle spørgsmål således:

»Artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter skal fortolkes således, at den omstændighed, at virksomheds- eller bedriftsdelene ikke videreføres af den nye indehaver som en organisatorisk uafhængig virksomheds- eller bedriftsdel, ikke er til hinder for at lægge til grund, at der foreligger en overførsel, forudsat at den pågældende enhed bevarer sin identitet.«