



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. SZPUNAR
fremsat den 7. februar 2019¹

Sag C-664/17

Ellinika Nafpigeia AE
mod
Panagiotis Anagnostopoulos m.fl.
procesdeltagere
Sylogos Ergazomenon Nafpigeion Skaramagka I Triaina,
Panellinia Omospondia Ergatoypallilon Metallou (POEM) og
Geniki Synomospondia Ergaton Ellados (GSEE)

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Areios Pagos (øverste domstol i civile sager og straffesager, Grækenland))

»Præjudiciel forelæggelse – socialpolitik – overførsel af en del af en virksomhed – varetagelse af arbejdstagernes rettigheder – begrebet »overførsel« – begrebet »økonomisk enhed« – overførsel af en del af et moderselskabs økonomiske aktivitet til et nyoprettet datterselskab – udøvelse af en økonomisk aktivitet – beslutning om at indstille erhververens aktivitet«

1. Anmodningen om præjudiciel afgørelse, som er indgivet af Areios Pagos (øverste domstol i civile sager og straffesager, Grækenland), vedrører artikel 1 i Rådets direktiv 98/50/EF af 29. juni 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 bedrifter², som ændrede artikel 1 i Rådets direktiv 77/187/EØF af 14. februar 1977³, som svarer til artikel 1 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 bedrifter⁴, jf. artikel 12 i dette direktiv, som med henblik på kodificering ophævede direktiv 77/187, som ændret ved direktiv 98/50. Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører, henset til dens genstand, nærmere bestemt fortolkningen af artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2001/23.

2. Denne anmodning er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem på den ene side Panagiotis Anagnostopoulos og 89 andre lønmodtagere og på den anden side aktieselskabet Ellinika Nafpigeia AE⁵ (herefter »ENAE⁶«) vedrørende opfyldelsen af de ansættelseskontrakter, der oprindeligt var blevet indgået mellem disse parter.

1 – Originalsprog: fransk.

2 – EFT 1998, L 201, s. 88.

3 – EFT 1977, L 61, s. 26.

4 – EFT 2001, L 82, s. 16.

5 – »Skibsværfterne A/S«, ifølge det udtryk, der anvendes [på fransk] i oversættelsen af den græske regerings skriftlige bemærkninger.

6 – Jeg gentager her den skrivemåde, som blev valgt i dom af 14.11.2018, Kommissionen mod Grækenland (C-93/17, EU:C:2018:903). I generaladvokat Wathelets forslag til afgørelse Kommissionen mod Grækenland (C-93/17, EU:C:2018:315) såvel som i dom af 28.2.2013, Ellinika Nafpigeia mod Kommissionen (C-246/12 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2013:133), blev selskabet imidlertid benævnt »EN«.

3. Denne sags enestående karakter fortjener at blive fremhævet, idet det er arbejdsgiveren og ikke lønmodtagerne, som søger at anvende de rettigheder, der følger af direktiv 2001/23, som er blevet affattet i arbejdstagernes interesse, i tilfælde af, at en virksomhed skifter indehaver.

4. De spørgsmål, den forelæggende ret har fremlagt, vedrører dels fortolkningen af begrebet »økonomisk enhed«, dels overførslen af en sådan enhed med henblik på ikke at fortsætte den overførte økonomiske aktivitet, men at indstille den.

5. Ved afslutningen af min analyse vil jeg gøre gældende, at direktiv 2001/23 ikke finder anvendelse, hvis det godtgøres, at det formål, der blev forfulgt ved overførslen af den økonomiske enhed, ikke var at fortsætte den omhandlede økonomiske aktivitet, men at omgå de beskyttelsesforpligtelser over for lønmodtagerne, som følger af den nationale lovgivning. Hvis dette ikke er tilfældet, skal dette direktivs artikel 1, stk. 1, litra a) og b), fortolkes således, at direktivet kan finde anvendelse i en situation, hvor den overførte virksomheds- eller bedriftsdel ikke bevarer sin organisatoriske uafhængighed, såfremt den funktionelle forbindelse mellem de forskellige overførte produktionsfaktorer opretholdes, og dette gør det muligt for erhververen at anvende disse sidstnævnte til på et stabilt grundlag at udøve den samme eller en tilsvarende økonomisk aktivitet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

6. Følgende fremgår af tredje og ottende betragtning til direktiv 2001/23:

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

[...]

(8) Af hensyn til retssikkerheden og gennemsigtigheden skulle begrebet overførsel afklares på baggrund af Domstolens retspraksis. Denne afklaring ændrer ikke anvendelsesområdet for direktiv [77/187] som fortolket af Domstolen.«

7. Dette direktivs artikel 1, stk. 1, litra a) og b), bestemmer:

»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.

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

8. Direktivets artikel 2, stk. 1, litra a) og b), har følgende ordlyd:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »overdrager«: enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter artikel 1, stk. 1, ophører med at være indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften

b) »erhverver«: enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel efter artikel 1, stk. 1, bliver indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften.«

9. Samme direktivs artikel 3, stk. 1, første afsnit, foreskriver:

»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.«

10. Artikel 5, stk. 1 og 4, i direktiv 2001/23 bestemmer:

»1. Medmindre medlemsstaterne bestemmer andet, gælder artikel 3 og 4 ikke for overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver, og som er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed (som kan være en kurator, der er godkendt af en kompetent offentlig myndighed).

[...]

4. Medlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger med henblik på at forhindre misbrug af insolvensbehandling på en sådan måde, at arbejdstagerne fratages de rettigheder, der er fastlagt i dette direktiv.«

B. Græsk ret

11. I henhold til den forelæggende ret finder bestemmelserne i Proedrikó Diátagma 178/2002: Μέτρα σχητικά με την προσασία τον δικαιομάτον τον εργασομένον σε περίπτωσι μεταβίβασις επicheiríseon, enkatastáseon í tmimáton enkatastáseon í epicheiríseon, se symmórfosi pros tin Odigía 98/50/EK tou Symvoulíou (præsidentdekret nr. 178/2002 om foranstaltninger til beskyttelse af arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af overførsel af virksomheder, bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter med henblik på gennemførelse af direktiv [98/50])⁷ anvendelse.

12. I henhold til dette dekrets artikel 2, stk. 1, litra a) og c), finder bestemmelserne i dekretet anvendelse på enhver aftalemæssigt eller retligt bestemt overførsel af virksomheder eller fusion af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter, som medfører en ændring af arbejdsgiverens person, og som kan vedrøre offentlige eller private organer, der udøver økonomisk aktivitet med eller uden gevinst for øje.

13. Dekretets artikel 2, stk. 1, litra b), definerer »overførsel« som omhandlende 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.

14. Artikel 3, stk. 1, litra a) og b), i præsidentdekret nr. 178/2002 definerer begreberne »overdrager« og »erhverver« som, for det første begrebs vedkommende, enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel som nævnt ovenfor ophører med at være indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften, og, for det andet begrebs vedkommende, som enhver fysisk eller juridisk person, der som følge af en overførsel som omhandlet i dette dekrets artikel 1, stk. 1, bliver indehaver af virksomheden eller bedriften eller af en del af virksomheden eller bedriften.

⁷ – FEK A' 162/12.7.2002, herefter »præsidentdekret nr. 178/2002«. Denne retsinstans har præciseret, at dette dekrets artikel 11 ophæver det tidligere gældende præsidentdekret nr. 572/1988 (FEK A' 269), som harmoniserede den græske lovgivning med bestemmelserne i direktiv 77/187, som ændret ved direktiv 98/50, før disse blev kodificerede ved direktiv 2001/23.

15. I henhold til dette dekrets artikel 4, stk. 1, første afsnit, overføres alle de eksisterende rettigheder og forpligtelser, som overdrageren havde i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, til erhververen fra overførselsdatoen at regne.

16. Da ændringen af arbejdsgiverens person finder sted i medfør af artikel 6, stk. 1, i Nómoσ 2112/1920 – Perí ypochreotikís katangelías tis symváseos ergasías idiotikón ypallílon (lov nr. 2112/1920 om obligatorisk ophævelse af arbejdskontrakter for ansatte i den private sektor)⁸, og artikel 9, stk. 1, i Vasilikó Diátagma »perí epektáseos tou N. 2112 [...] kai epí ton ergatón [...]« (kongeligt dekret »om anvendelsen af lov nr. 2112 herunder i forhold til arbejdere [...]«) af 16. og 18. juli 1920, finder den sted alene i kraft af loven, uafhængigt af den retlige årsag til og formen for overførslen af virksomheden, uden at det er fornødent, at arbejdstagerne giver tilsagn dertil.

17. Artikel 4, stk. 1, andet afsnit, i præsidentdekret nr. 178/2002 foreskriver, at overdrageren efter overførslen fortsat hæfter fuldt ud og solidarisk med erhververen for forpligtelser, der følger af en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, indtil den dato, hvor erhververen indtræder i sine funktioner.

18. Det følger af dette dekrets artikel 4, stk. 2, at erhververen efter overførslen fortsætter med at opretholde de arbejdsvilkår, der allerede er foreskrevet i henhold til en kollektiv arbejdsoverenskomst, en voldgiftsafgørelse, et reglement eller en individuel ansættelseskontrakt.

19. Artikel 5, stk. 1, første afsnit, i præsidentdekret nr. 178/2002 foreskriver, at en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller dele af en virksomhed ikke i sig selv udgør en begrundelse for opsigelse af arbejdstagerne. I henhold til bestemmelserne i dette dekrets artikel 5, stk. 1, andet afsnit, er enhver opsigelse, som viser sig nødvendig af økonomiske, tekniske eller organisatoriske grunde, som indebærer ændringer i personalet, imidlertid tilladt med det forbehold, at bestemmelserne om opsigelse overholdes. Dekretets artikel 5, stk. 2, bestemmer imidlertid, at såfremt arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet opsiges, fordi overførslen medfører en væsentlig ændring af arbejdsvilkårene til skade for arbejdstagerne, anses arbejdsgiveren for at være ansvarlig for opsigelsen af arbejdskontrakten eller arbejdsforholdet.

20. I henhold til artikel 6, stk. 1, i præsidentdekret nr. 178/2002 finder de i dette dekrets artikel 4 og 5 foreskrevne følger af en overførsel ikke anvendelse i tilfælde af, at overdrageren er under konkursbehandling eller omfattet af en tilsvarende procedure.

II. De faktiske omstændigheder i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

21. Sagsøgerne har i mere end 30 år været ansat på tidsubegrænsede kontrakter af selskabet ENAE med henblik på at udføre arbejde på selskabets faciliteter i Skaramangas i kommunen Chaídári i Attika (Grækenland)⁹.

22. Dette selskab blev omdannet til en offentlig virksomhed i 1985¹⁰. Det blev privatiseret i 2002 og underlagt et forbud mod reduktioner i arbejdsstyrken inden for en vis grænse indtil den 30. september 2008¹¹.

8 – FEK A' 67/18.3.1920.

9 – Der er tale om et væsentligt skibsværft i Middelhavet.

10 – Jf. for en detaljeret gengivelse af den historiske baggrund dom af 14.11.2018, Kommissionen mod Grækenland (C-93/17, EU:C:2018:903, præmis 3-7).

11 – Jf. ligeledes punkt 28 i nærværende forslag til afgørelse.

23. På tidspunktet for selskabets privatisering udøvede ENAE fire typer aktiviteter, nemlig reparationer af skibe, bygning af krigs- og handelsskibe, bygning og reparation af undervandsbåde og bygning og reparation af jernbanekøretøjer, som var organiseret i divisioner, henholdsvis reparationsdivisionen, divisionen for overfladefartøjer, divisionen for undervandsfartøjer og divisionen for rullende materiel. ENAE's strukturelle organisation omfattede ligeledes fire produktionsafdelinger, som var uundværlige for divisionernes aktiviteter, nemlig et valseværk, et anlæg til fremstilling af rør, et snedkerværksted og et forarbejdningscenter.

24. Kort tid efter selskabets privatisering oprettede ENAE et datterselskab, selskabet Etaireia Trochaiou Ylikou Ellados AE¹² (herefter »ETYE«) med henblik på at overføre de igangværende programaftaler mellem på den ene side konsortier, som ENAE deltog i, og på den anden side Organismos Sidirodromon Ellados¹³ (herefter »OSE«) og selskabet Ilektrikoí Sidiródromoi Athinon Pireos¹⁴ (herefter »ISAP«), til ETYE, hvilke aftaler vedrørte konsortiernes konstruktion og levering af forskellige typer af jernbanekøretøjer.

25. I 2005 blev ENAE erhvervet af skibsbygningsselskabet ThyssenKrupp Marine Systems.

26. Med henblik på at gøre det muligt for ENAE's division for rullende materiel at fungere som et selvstændigt selskab med navnet ETYE fra den 1. oktober 2006 at regne indgik ENAE den 28. september 2006 flere kontrakter med dette selskab, som navnlig vedrørte leje af et grundstykke beliggende inden for skibsværftszonen med de bygninger og den infrastruktur, som befandt sig på dette, til erhvervsmæssig brug, salg og levering af løsøre til brug ved ETYE's aktiviteter som virksomhed, levering af administrative tjenesteydelser med henblik på virksomhedens drift, samt en overdragelse til ETYE af ufuldførte arbejder, der skulle udføres i henhold til tre programaftaler med numrene henholdsvis 33 (med OSE og ESAP), 37 og 41a¹⁵.

27. Efter at ETYE havde indledt sine aktiviteter, indgik selskabet andre kontrakter med ENAE i løbet af 2007, som bl.a. vedrørte udlån af personale fra ETYE til ENAE¹⁶, ENAE's overdragelse til ETYE af ufuldførte arbejder, der skulle udføres i henhold til programaftale 33a med OSE og ISAP¹⁷, ETYE's levering af tjenesteydelser til ENAE¹⁸ og ENAE's levering af administrativ bistand til ETYE¹⁹.

28. Den forelæggende ret har anført, at »[f]ra tidspunktet for overførslen var ETYE's skæbne som selskab forudbestemt og førte til dets likvidation«. Den forelæggende ret har konstateret, at »nærmere bestemt omhandlede artikel 5 i rammeaftalen af 28. september 2007, indgået mellem ENAE og ETYE, likvidationen [af dette sidstnævnte selskab på datoen] den 30. september 2008, dvs. på en dato, som var sammenfaldende med udløbet af den periode på seks år, hvor der på grundlag af overdragelsesaftalen af 1. oktober 2002, som overførte selskabet fra den græske stat til de udenlandske tilbudsgivere, gjaldt et forbud mod at reducere ENAE's personale til under 1 400 arbejdstagere«. Den forelæggende ret har præciseret, at i henhold til denne artikel skulle ENAE afholde udgifterne ved likvidationen med et beløb svarende til de skønnede omkostninger ved afskedigelsen af 160 lønmodtagere ved ETYE, og at dette bidrag blev nedsat med 4% pr. måneds forsinkelse. Den påtænkte dato for denne likvidation blev imidlertid udskudt på ENAE's foranledning ved en ændring af denne rammeaftale foretaget den 10. september 2008.

12 – Grækenlands selskab for rullende materiel A/S.

13 – Det græske jernbaneselskab.

14 – Selskabet for elektrificerede jernbaner i Athen og Piræus.

15 – Jf. ligeledes punkt 56 i nærværende forslag til afgørelse.

16 – Kontrakt af 31.1.2007, som stillede en del af selskabets personale til rådighed for ENAE, og af 8.11.2007 om fastlæggelse af de almindelige betingelser for udlån af personale, som blev ændret ved dokument af 22.10.2008.

17 – Kontrakt af 30.8.2007. Jf. ligeledes punkt 57 i nærværende forslag til afgørelse.

18 – Kontrakt af 30.8.2007 og af 27.9.2007.

19 – Kontrakt af 27.9.2007.

29. Den 1. oktober 2007 blev den tyske koncern med begrænset hæftelse INTEI Industriebeteiligungsgesellschaft mbH (INTEI) og Industriegesellschaft Waggonbau Ammendorf mbH (IGWA) ejer af aktierne i ETYE.

30. Ved meddelelse af 8. oktober 2007 blev alle arbejdstagerne informerede om koncernen INTEI/IGWA's køb af ETYE. En kollektiv virksomhedsoverenskomst vedrørende løn- og arbejdsvilkår for alle ETYE's lønmodtagere blev indgået den 13. maj 2008²⁰.

31. I 2010 erklærede Polymeles Protodikeio Athinon (ret i første instans i civile sager, Athen, Grækenland) ETYE for konkurs, idet det blev præciseret, at efter den omhandlede overførsel havde de økonomiske aktiviteter, som sidstnævnte selskab udøvede, været af ringe omfang²¹.

32. Sagsøgerne anlagde sag den 1. juni 2009 ved Monomeles Protodikeio Athinon (enedommer i første instans, Athen, Grækenland) med påstand om, at det blev fastslået, at de fortsat var forbundet med ENAE ved ansættelseskontrakter af ubegrænset varighed, at ENAE var forpligtet til at udbetale de lønninger, som lovmæssigt var foreskrevet navnlig for hele gyldighedsperioden for deres ansættelseskontrakter, og at ENAE i tilfælde af opsigelse af ansættelseskontrakterne var forpligtet til at udbetale lovbestemt erstatning til hver enkelt lønmodtager.

33. Da Monomeles Protodikeio Athinon (enedommer i første instans, Athen, Grækenland) gav medhold i dette søgsmål, iværksatte ENAE appel for Efeteio Athinon (appeldomstol, Athen, Grækenland). Denne retsinstans stadfæstede den dom, der var blevet afsagt i første instans, idet den fandt, at ETYE aldrig havde udgjort en selvstændig organisk enhed. Den fastholdt for det første, at ETYE ikke var en selvstændig produktionsenhed, idet bidragene fra ENAE's fire produktionsafdelinger var uundværlige for fremstillingen og reparationerne af det rullende materiel, og at det ville være umuligt for ETYE at fremstille og reparere jernbanemateriel, hvis ENAE indstillede enhver aktivitet. For det andet udlejede ETYE sine administrative støttefunktioner til ENAE, herunder selskabets sekretariat, og for det tredje havde selskabet ikke finansiell og ledelsesmæssig selvstændighed, idet sidstnævnte blev varetaget af ENAE. Denne retsinstans udledte deraf, at der ikke forelå en overførsel af en virksomhed, en bedrift eller af en del af en bedrift, og at ENAE derfor fortsat var arbejdsgiver for sagsøgerne.

34. ENAE iværksatte kassationsanke af denne afgørelse ved Areios Pagos (øverste domstol i civile sager og straffesager) den 29. august 2013. Denne retsinstans fandt, at det som følge af en uenighed ved fortolkningen af begrebet »økonomisk enhed« som omhandlet i artikel 1 i direktiv 98/50 blandt dommerne i den afdeling, som behandlede sagen, var fornødent at forespørge Domstolen om dette begrebs mening.

35. Således havde ETYE ifølge tre af afdelingens medlemmer ikke mulighed for at fortsætte den aktivitet, selskabet var blevet betroet, fordi divisionen for rullende materiel, som angiveligt var blevet overført til selskabet, ikke kunne fungere uden bistand fra ENAE's produktionsafdelinger og administrative og finansielle afdelinger. Denne vurdering blev understøttet af den ringe mængde arbejde, som ETYE udførte, hvilket førte til selskabets konkurs, og hvilket ligeledes understøtter de

20 – Det fremgår af dom af 14.11.2018, Kommissionen mod Grækenland (C-93/17, EU:C:2018:903, præmis 8, 11 og 13), at den støtte, som Den Helleniske Republik i perioden 2008-2010 ydede til ENAE's skibsværfter udelukkende var kommet aktiviteterne med civil skibsbygning til gode, og at Europa-Kommissionen, Den Helleniske Republik og ENAE efter forhandlinger i perioden fra juni til oktober 2010 og forpligtelseserklæringer fra ENAE's og Den Helleniske Republiks side af henholdsvis den 27. og den 29.10.2010 nåede til enighed om en aftale, hvorved Kommissionens beslutning 2009/610/EF af 2.7.2008 om Grækenlands foranstaltninger C 16/04 (ex NN 29/04, CP 71/02 og CP 133/05) til fordel for Hellenic Shipyards (EUT 2009, L 225, s. 104) blev anset for at være gennemført korrekt, på betingelse af, at flere forpligtelser, herunder forpligtelsen til at afbryde ENAE's civile aktiviteter for en periode på 15 år fra den 1.10.2010 at regne, blev opfyldt.

21 – Dette forhold er blevet lagt til grund af tre medlemmer af den forelæggende ret, som det fremgår af gengivelsen af deres stillingtagen i anmodningen om præjudiciel afgørelse (jf. punkt 35 i dette forslag til afgørelse).

omhandlede lønmodtageres synspunkt, hvorefter formålet med den omhandlede overførsel var at nedlægge ENAE's aktiviteter vedrørende konstruktion og reparation af jernbanekøretøjer og at nedlægge de arbejdspladser, der var forbundet med disse aktiviteter, uden at ENAE skulle påtage sig de negative finansielle konsekvenser deraf.

36. To af medlemmerne af den afdeling, som behandlede sagen, var imidlertid af den opfattelse, at den overførte enhed var tilstrækkelig uafhængig, såvel før som efter den omhandlede overførsel, således at den havde mulighed for at udøve sin økonomiske aktivitet selvstændigt. Det blev anført, at i tilfælde af en overførsel af en mindre væsentlig enhed kan de elementer, der udgår begrebet »økonomisk enhed«, fortolkes mindre strengt end i tilfælde af en overførsel af en virksomhed i sin helhed eller af en hovedaktivitet. Den omstændighed, at erhververen blev understøttet af overdrageren med henblik på udøvelsen af de erhvervede aktiviteter, inden for rammerne af et datterselskab, udelukker ikke, at der foreligger en overførsel, idet der ved fortolkningen af begrebet »overførsel« skal tages hensyn til de faktiske former af det »tiltag, der iværksættes«. Endelig er overdragerens og erhververens intention om at likvidere virksomheden ikke et indicium, der udelukker, at der foreligger en overførsel, men dette forhold vil kunne begrunde et krav mod den overdragende arbejdsgiver om betaling af erstatning i tilfælde af, at arbejdstagernes interesser krænkes ved en ensidig ændring af arbejdsbetingelserne.

37. På denne baggrund har Areios Pagos (øverste domstol i civile sager og straffesager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Skal »økonomisk enhed« i henhold til artikel 1 i direktiv 98/50[...] og med henblik på at afgøre, om der foreligger en overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en bedrift eller virksomhed, fortolkes som en [fuldstændigt selvstændig] produktionsenhed, der er i stand til at nå sit økonomiske mål uden [på nogen måde] (ved køb, lån, leasing osv.) at [anvende] nogen produktionsfaktorer (råvarer, arbejdskraft, maskinudstyr, dele, der indgår i slutproduktet, supportydelser, finansielle midler osv.) fra tredjemand? Eller er det derimod med henblik på at blive kvalificeret som en »økonomisk enhed« tilstrækkeligt, at [produktionsenheden udøver en selvstændig aktivitet, at formålet med denne aktivitet faktisk er en økonomisk virksomhed, og at det er muligt at organisere] produktionsfaktorerne (råvarer, maskiner og andet udstyr, arbejdskraft og supportydelser) [effektivt med henblik på at nå dette mål,] uanset om den nye [operatør af aktiviteten anvender produktionsfaktorer, herunder eksterne produktionsfaktorer, eller om det ikke er lykkedes denne at opnå det fornævnte mål i en givet situation]?
- 2) Er der i henhold til artikel 1 i direktiv [98/50] tale om overførsel, såfremt overdrageren eller erhververen, eller såvel overdrageren som erhververen, ikke alene har til hensigt at fortsætte driften under det nye driftsselskab, men også fremtidigt at indstille driften med henblik en afvikling af den pågældende virksomhed?»

III. Bedømmelse

38. Den forelæggende ret ønsker med sine to præjudicielle spørgsmål, som skal behandles samlet, nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 1, i direktiv 2001/23 skal fortolkes således, at begrebet »overførsel af en virksomhed« omfatter en situation, hvor et moderselskab, der har ansvaret for tre økonomiske aktiviteter inden for skibsbygningsbranchen og for en fjerde aktivitet inden for branchen for fremstilling af rullende jernbanemateriel, har overført driften af denne sidste aktivitet til et datterselskab og til det formål har indgået forskellige aftaler med dette med henblik på dels, at datterselskabet kan råde over den nødvendige infrastruktur og det nødvendige udstyr, som moderselskabet ejer, for at kunne gennemføre visse uafsluttede arbejder i henhold til rammeaftaler indgået af moderselskabet, dels at gennemføre datterselskabets likvidation inden for en kort tidshorison.

39. Man kan indledningsvis undersøge den tvivl, som den forelæggende ret har givet udtryk for, idet den har konstateret eksistensen af en rammeaftale indgået den 28. september 2007²² mellem overdrageren og erhververen med henblik på at organisere nedlæggelsen af den omhandlede økonomiske aktivitet et år senere for at omgå forbuddet mod, at overdrageren afskedigede lønmodtagerne før den 30. september 2008.

40. Da begrebet »overførsel« er uadskilleligt knyttet til videreførelsen af aktiviteten, således som det fremgår af ordlyden af artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23 og de formål, der forfølges med denne bestemmelse, nemlig at opretholde arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af ændring af deres arbejdsgiver²³, forekommer det mig åbenbart, at dette direktiv ikke kan finde anvendelse, hvis det fastslås, at overførslen er blevet organiseret til gennemførelse af en plan med det formål at nedlægge den overførte aktivitet under betingelser, der giver overdrageren mulighed for at frigøre sig fra forpligtelser til beskyttelse af arbejdstagerne.

41. Det kan imidlertid udledes af de forskellige opfattelser, som den forelæggende ret har gengivet, at den særlige vanskelighed, som gør sig gældende i denne tvist, følger af konstateringen af, at aktiviteten blev fortsat i mindst et år fra oktober 2006 at regne, før konkurserklæringen i 2010. Med forbehold for, at denne konstatering vedrørende den faktiske fortsættelse af driften kan uddybes af den forelæggende ret²⁴, er der således tale om at afgøre, hvilke følger der skal udledes deraf.

42. Under disse omstændigheder vil jeg gengive de almindelige principper, som er fastlagt i Domstolens praksis vedrørende begrebet »overførsel af en virksomhed«, før jeg undersøger deres anvendelse i forhold til sagens omstændigheder.

A. Principperne

43. Det bemærkes for det første, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at anvendelsesområdet for direktiv 2001/23, som fastlægges i direktivets artikel 1, stk. 1, litra a), udstrækker sig til alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som af den grund påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser i forhold til arbejdstagerne i virksomheden, uden at det har betydning, om der er sket en overførsel af ejendomsretten til materielle aktiver²⁵.

44. Domstolen har gentagne gange fastslået, at begrebet »virksomhed« omfatter enhver økonomisk enhed, der er organiseret på stabil måde, som omfatter en organiseret helhed af personer og aktiver, der gør det muligt at udøve en økonomisk virksomhed med et selvstændigt formål, og som er tilstrækkeligt struktureret og selvstændig²⁶.

45. Som Domstolen gentagne gange har fastslået, er formålet med direktiv 2001/23 for det andet at sikre en fortsættelse af de bestående ansættelsesforhold inden for en økonomisk enhed, selv om denne skifter indehaver²⁷.

22 – Jf. punkt 28 i dette forslag til afgørelse.

23 – Jf. tredje betragtning til dette direktiv og direktivets artikel 3.

24 – Dette forbehold følger af, at tre medlemmer af afdelingen ifølge den forelæggende ret bemærkede, at »i løbet af disse to og et halvt års drift efter overførslen udførte ETYE intet arbejde, og under alle omstændigheder var det arbejde, selskabet udførte, af meget ringe omfang og førte til selskabets konkurs«.

25 – Jf. dom af 7.8.2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, præmis 28 og den deri nævnte retspraksis).

26 – Jf. dom af 6.3.2014, Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

27 – Jf. dom af 7.8.2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, præmis 29, første sætning, og den deri nævnte retspraksis). For en gennemgang af lovgivningens forarbejder jf. dom af 12.2.2009, Klarenberg (C-466/07, EU:C:2009:85, præmis 40).

46. Det afgørende ved vurderingen af, om der foreligger en overførsel som omhandlet i direktivets artikel 1, stk. 1, litra b), er, om den pågældende økonomiske enhed har bevaret sin identitet efter at være blevet overtaget af den nye arbejdsgiver, hvilket navnlig må lægges til grund, såfremt driften faktisk fortsættes eller genoptages²⁸.

1. Om enhedens identitet og bestandighed på tidspunktet for overførslen

47. Domstolen har fastlagt den metode, der skal anvendes ved analysen af denne betingelse vedrørende disse to aspekter, nemlig enhedens identitet og bestandighed på tidspunktet for overførslen. Der skal således tages hensyn til alle de faktiske omstændigheder, der kendetegner den omhandlede transaktion, herunder hvilken type af virksomhed eller bedrift der er tale om, hvorvidt der er sket en overførsel af materielle aktiver som f.eks. bygninger og løsøre, værdien af de immaterielle aktiver på tidspunktet for overførslen, hvorvidt den nye indehaver har overtaget størstedelen af arbejdsstyrken, om kundekredsen overføres, og i hvor høj grad aktiviteterne før og efter overførslen er de samme, samt hvor længe disse eventuelt har været indstillet. Disse omstændigheder kan dog kun indgå som enkelte elementer i den samlede bedømmelse, der skal foretages, og de kan derfor ikke vurderes isoleret²⁹.

48. Domstolen har dels fremhævet, at det følger deraf, at afvejningen af, hvilken vægt der skal tillægges det ene eller det andet af disse kriterier, nødvendigvis afhænger af, hvilken type aktivitet der udføres, og hvilke produktions- eller driftsmåder der anvendes i virksomheden, bedriften eller den pågældende del af bedriften³⁰.

49. Dels har Domstolen fastslået, at den omstændighed, at en økonomisk enhed overtager en anden enheds økonomiske aktivitet, ikke er tilstrækkelig til, at det kan sluttes, at sidstnævnte enheds identitet bevares. En sådan enheds identitet kan ikke begrænses til den aktivitet, den udfører, idet denne følger af flere uadskilleligt sammenhængende elementer, såsom det personale, der er ansat i enheden, dens ledelse, tilrettelæggelsen af dens arbejde, dens driftsmåde og i givet fald også de driftsmidler, enheden råder over³¹.

2. Om overførslen inden for en koncern

50. Henset til omstændighederne i hovedsagen bør det ligeledes præciseres, at i tilfælde af en overførsel inden for en koncern har Domstolen fastslået, at dette ikke udelukker, at der kan foreligge en overførsel³².

51. Domstolen har netop i et sådant tilfælde fastslået dels, at »ved anvendelsen af [direktiv 2001/23] skal den pågældende økonomiske enhed før overførslen bl.a. besidde en tilstrækkelig funktional uafhængighed, og begrebet uafhængighed henviser til den kompetence, der tildeles de ansvarlige for den pågældende gruppe af arbejdstagere til relativt frit og selvstændigt at tilrettelægge arbejdet i nævnte gruppe og mere specifikt til at udstede instruktioner og til at fordele opgaver til underordnede arbejdstagere, som tilhører denne gruppe, og det uden direkte indblanding fra arbejdsgiverens andre

28 – Jf. dom af 20.7.2017, *Piscarreta Ricardo* (C-416/16, EU:C:2017:574, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis), og af 7.8.2018, *Colino Sigüenza* (C-472/16, EU:C:2018:646, præmis 29, anden sætning, og den deri nævnte retspraksis).

29 – Jf. navnlig dom af 20.7.2017, *Piscarreta Ricardo* (C-416/16, EU:C:2017:574, præmis 41 og den deri nævnte retspraksis), og af 7.8.2018, *Colino Sigüenza* (C-472/16, EU:C:2018:646, præmis 30 og den deri nævnte retspraksis). Som illustration af anvendelsen af disse kriterier jf. bl.a. dom af 9.9.2015, *Ferreira da Silva e Brito m.fl.* (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 31).

30 – Jf. dom af 20.7.2017, *Piscarreta Ricardo* (C-416/16, EU:C:2017:574, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis), og af 7.8.2018, *Colino Sigüenza* (C-472/16, EU:C:2018:646, præmis 31 og den deri nævnte retspraksis).

31 – Jf. dom af 20.7.2017, *Piscarreta Ricardo* (C-416/16, EU:C:2017:574, præmis 43 og den deri nævnte retspraksis).

32 – Jf. dom af 2.12.1999, *Allen m.fl.* (C-234/98, EU:C:1999:594, præmis 21), vedrørende et tilfælde af »en overførsel mellem to selskaber i samme koncern, som har ejere, ledelse, lokaler og arbejde til fælles«.

organisationsstrukturer«³³, dels, at »[d]enne konklusion støttes af artikel 6, stk. 1, første og fjerde afsnit, i direktiv 2001/23, der vedrører arbejdstagerrepræsentation, hvorefter direktivet kan anvendes på enhver overførsel, der opfylder betingelserne i direktivets artikel 1, stk. 1, uanset om den overførte økonomiske enhed bevarer sin uafhængighed i erhververens struktur eller ej«³⁴.

52. Det er i lyset af disse retningslinjer fra retspraksis, at der skal foreslås fortolkningsbidrag til de forelagte spørgsmål under hensyntagen til de væsentligste faktiske omstændigheder, som Areios Pagos (øverste domstol i civile sager og straffesager) har redegjort for i forelæggelsesafgørelsen.

B. Princippernes anvendelse i forhold til sagens omstændigheder

1. Om den overførte enheds uafhængighed før overførslen

53. Jeg henviser for det første til den ramme, inden for hvilken den omtvistede overførsel fandt sted, nemlig en overførsel til et datterselskab, der var oprettet til dette formål³⁵. Det skal derfor undersøges, om denne enheds uafhængighed forelå før overførslen³⁶. Det kan udledes af de præjudicielle spørgsmåls genstand og navnlig af det andet spørgsmål, at de ikke vedrører vurderingen af, om den omhandlede overførte enhed havde en tilstrækkelig funktionel uafhængighed før overførslen.

54. Som følge deraf vil jeg ved min analyse med henblik på at undersøge betingelserne vedrørende den faktiske fortsættelse af denne aktivitet lægge til grund, at enheden, som udgjorde en division i ENAE, der var tildelt en aktivitet, der adskilte sig fra de tre andre divisioner, som anvendte de samme driftsmidler, før overførslen var sammensat af en organiseret helhed af lønmodtagere, som i længere tid udførte denne stabile aktivitet.

2. Om den overførte aktivitets bestandighed

55. Hvad for det andet angår den overførte aktivitets bestandighed bemærker jeg, at forelæggelsesafgørelsen ikke præcist angiver omstændighederne vedrørende indgåelsen af aftalerne, navnlig i 2006 med henblik på at få det omhandlede aktivitetsområde til at fungere, eller det nøjagtige indhold af aftalerne. Det er derfor min opfattelse – som jeg deler med sagsøgerne, den græske regering og Kommissionen – at usikkerheden vedrørende den omstændighed, at aktiviteten på tidspunktet for overførslen ikke blot omfattede gennemførelsen af et bestemt arbejde, bør fjernes.

56. Den forelæggende ret har således flere gange konstateret, at ENAE betroede aftalernes opfyldelse til ETYE. Den har præciseret, at »[m]ed henblik på, at ENAE's division for rullende materiel skulle fungere som et selvstændigt selskab med navnet ETYE fra den 1. oktober 2006 at regne, blev [flere] kontrakter indgået mellem disse, [herunder] aftalen om tildeling af arbejder af 28. september 2006, indgået af ENAE som ordregiver og ETYE som ordremodtager, hvorved førstnævnte selskab betroede sidstnævnte færdiggørelsen af det udestående arbejde i henhold til programaftale 33 med OSE og ISAP) og alle øvrige arbejder i garantiperioden for denne aftales genstand, [...] en tilsvarende aftale af 28. september 2006 angående det udestående arbejde vedrørende hovedentreprisen og garantierne i henhold til programaftale 37 og [...] en tilsvarende aftale af 28. september 2006 angående det udestående arbejde vedrørende hovedentreprisen og garantierne i henhold til programaftale 41a«.

33 – Jf. dom af 6.3.2014, Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis).

34 – Jf. dom af 6.3.2014, Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

35 – Jf. punkt 24 i dette forslag til afgørelse.

36 – Jf. punkt 51 i dette forslag til afgørelse og dom af 6.3.2014, Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, præmis 35).

57. Den forelæggende ret har tilføjet, at »[e]fter at ETYE var blevet operationelt, indgik det [...] med ENAE en arbejdskontrakt af 30. august 2007 mellem ENAE som ordregiver og ETYE som ordremodtager, hvorved førstnævnte selskab betroede sidstnævnte færdiggørelsen af det udestående arbejde i henhold til program nr. 33a (med OSE og ISAP) og alle øvrige arbejder i garantiperioden for denne aftales genstand«.

58. Den forelæggende ret har i øvrigt anført, at »argumentet om, at ETYE forretningsmæssigt set var selvstændig med henvisning til, at ETYE havde modtaget en ordre fra det schweiziske selskab Carwaggon AG på at bygge 200 vogne, var ubegrundet, idet det ovennævnte selskab havde afgivet en ordre til ETYE den 29. april 2009 på bygningen af 3 vogne af 27 meters længde til transport af biler til en pris af kun 510 000 EUR«.

59. Disse omstændigheder forekommer mig at skulle sammenholdes med de omstændigheder, som Domstolen undersøgte i dom af 2. december 1999, Allen m.fl.³⁷, vedrørende Amalgamated Construction Co. Ltd's³⁸ anlægsarbejder i Prince of Wales-kulminen, som var organiseret som en økonomisk enhed, inden denne virksomhed gav AMS arbejdet i underentreprise.

60. Domstolen fastslog i den dom dels, at »den omstændighed, at ACC hele tiden har været [RJB Mining (UK)]'s eneste medkontrahent, og at ACC har givet AMS arbejdet i underentreprise, kan heller ikke i sig selv være til hinder for, at der er sket en overførsel i [direktiv 77/187's] forstand. For det første er spørgsmålet om, hvorvidt kundekredsen overføres fra overdrageren til erhververen, kun et blandt mange elementer, der indgår i bedømmelsen af, om der er sket en overførsel (jf. [dom af 18.3.1986,] Spijkers [³⁹], præmis 13)«⁴⁰.

61. Dels har Domstolen »[i dom af 19. september 1995, Rygaard⁴¹], fastslået, at en situation, hvor en virksomhed overfører en af sine virksomheder til en anden virksomhed med henblik på færdiggørelse og herved blot stiller nogle arbejdstagere og materialer til fuldførelse af den pågældende virksomhed til rådighed for denne anden virksomhed, ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv [77/187]. En sådan situation er imidlertid ikke den samme som i den foreliggende sag, hvor AMS har fået hele anlægskontrakter i underentreprise. I øvrigt tilføjede Domstolen i præmis 21 i [dom af 19. september 1995, Rygaard⁴²], at en overførsel af en virksomhed med henblik på færdiggørelse kunne være omfattet af direktivet, hvis der samtidig overføres en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter eller nogle af disse. Den omstændighed, at ACC kun har givet AMS udførelsen af visse anlægsarbejder i underentreprise, er således ikke tilstrækkelig til, at direktivet ikke kan finde anvendelse, såfremt det godtgøres, at AMS i forbindelse med den pågældende disposition havde erhvervet en sådan organiseret helhed af elementer fra ACC, at AMS varigt kunne udføre sine anlægsarbejder i Prince of Wales-kulminen«⁴³.

37 – Sag C-234/98 (EU:C:1999:594).

38 – Herefter »ACC«. Det præciseres i den doms præmis 4, at »ACC er et helejet datterselskab af AMCO Corporation plc (herefter »AMCO-koncernen«). AMCO-koncernen omfatter ca. tolv selskaber, herunder et andet helejet datterselskab, AM Mining Services Ltd (herefter »AMS«). AMS blev stiftet i 1993 med henblik på udførelse af arbejde i forbindelse med lukning af miner, såsom vedligeholdelse og opfyldning af skakter. Med henblik herpå ansatte AMS sin egen arbejdsstyrke, hvis arbejdsvilkår ikke var de samme som dem, der var gældende under ACC, idet de bl.a. var langt mindre gunstige for de ansatte. Selv om ACC og AMS er særskilte juridiske enheder, har selskaberne de samme bestyrelsesmedlemmer, ligesom de er fælles med andre selskaber i AMCO-koncernen om administrative funktioner og støttefunktioner«. Det nævnes i samme doms præmis 5: »AMS udviklede sine aktiviteter og begyndte herved at få arbejde, som var forbundet med udgravning af underjordiske tilkørselsveje, som f.eks. rengøring og vedligeholdelse af minegange. Selskabet udførte navnlig dette nye arbejde i Prince of Wales-kulminen i Yorkshire [(Det Forenede Kongerige)]. ACC udførte allerede arbejder i denne mine, hvor selskabet anlagde minegange for det nationale britiske kulselskab British Coal og – efter at British Coal var blevet privatiseret, og en del af aktiverne var blevet solgt – for RJB Mining (UK) Ltd.«

39 – Sag 24/85 (EU:C:1986:127).

40 – Dom af 2.12.1999, Allen m.fl. (C-234/98, EU:C:1999:594, præmis 31, første og anden sætning).

41 – Sag C-48/94 (EU:C:1995:290).

42 – Sag C-48/94 (EU:C:1995:290).

43 – Dom af 2.12.1999, Allen m.fl. (C-234/98, EU:C:1999:594, præmis 37).

62. Det følger af disse overvejelser og af konstateringen vedrørende de utilstrækkelige faktuelle angivelser i forelæggelsesafgørelsen, at det tilkommer den forelæggende ret først i lyset af denne retspraksis at vurdere, om den overførte enheds identitet under de i hovedsagen foreliggende omstændigheder og navnlig omstændighederne vedrørende overdragelsen af entrepriserne er bevaret takket være en overførsel af en organiseret helhed af elementer, der gør det muligt på stabil måde at fortsætte den overdragende virksomheds aktiviteter.

63. Idet det på dette stadie antages, at disse betingelser er opfyldt, bør den forelæggende rets spørgsmål om den overførte enheds manglende funktionelle uafhængighed derefter besvares.

3. Om den overførte enheds uafhængighed efter overførslen

64. I overensstemmelse med Domstolens praksis må det herved for det første antages, at den udøvede aktivitet er blevet kvalificeret, idet vurderingen af de forskellige af Domstolen opstillede kriterier afhænger af aktiviteten⁴⁴.

65. I den foreliggende sag kan det udledes af den forelæggende rets forespørgsel vedrørende anvendelsen af udstyr, der er uundværligt for produktionen⁴⁵, at den omhandlede overførsel blev gennemført i en branche, hvor arbejdskraften ikke udgør den væsentligste del af aktiviteten.

66. I en situation som den i hovedsagen omhandlede kræver den omtvistede økonomiske aktivitet, nemlig divisionen for rullende materiel, således understøttelse af fire produktionsafdelinger, nemlig et valseværk, et anlæg til fremstilling af rør, et snedkerværksted og et forarbejdningscenter, lige som ENAE's tre andre afhængige divisioner.

67. Hvad endvidere angår den forelæggende rets hovedspørgsmål vedrørende den omstændighed, at de materielle aktiver, der er nødvendige til udførelsen af den i hovedsagen omhandlede aktivitet, altid har tilhørt ENAE, kan dette besvares med, at denne konstatering ikke kan føre til den konklusion, at der ikke foreligger en overførsel af en virksomhed som omhandlet i direktiv 2001/23, idet Domstolen under tilsvarende omstændigheder har fastslået, at »spørgsmålet, om der er sket en overførsel af ejendomsretten til de materielle aktiver, ikke er relevant med henblik på anvendelsen af [dette] direktiv«⁴⁶.

68. I denne henseende har Domstolen fastslået, at »den omstændighed, at de materielle aktiver, som overtages af den nye erhvervsdrivende, ikke tilhørte dennes forgænger, men blot blev stillet til rådighed af ordregiveren, ikke kan føre til den konklusion, at der ikke foreligger en overførsel af en virksomhed i det nævnte direktivs forstand (jf. i denne retning dom af 20.11.2003, Abler m.fl., C-340/01, EU:C:2003:629, præmis 42). Det følger heraf, at en fortolkning af artikel 1, stk. 1, litra b), i direktiv 2001/23, hvorefter direktivets anvendelsesområde ikke omfatter en situation, hvor de materielle aktiver, der er nødvendige til afviklingen af den pågældende aktivitet, aldrig er ophørt med at tilhøre erhververen, ville fratage det nævnte direktiv en del af dets effektive virkning«⁴⁷.

44 – Jf. punkt 48 i dette forslag til afgørelse.

45 – Jf. analogt dom af 26.11.2015, Aira Pascual og Algeposa Terminales Ferroviarios (C-509/14, EU:C:2015:781, præmis 36 og 37).

46 – Dom af 7.8.2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, præmis 37). Jf. ligeledes punkt 43 i dette forslag til afgørelse og som illustration de tre følgende domme: dom af 2.12.1999, Allen m.fl. (C-234/98, EU:C:1999:594, præmis 30). I denne sag var der tale om anlæg af minegange, som krævede omfattende materiel og udstyr. I denne branche er det sædvane, at mineejereren stiller de væsentligste aktiver, der er nødvendige med henblik på udførelsen af anlægsarbejdet, til rådighed. Underentreprenøren kan således råde over det udstyr, der er blevet stillet til rådighed af mineejereren, dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 32). I denne sag fastslog Domstolen for så vidt angår transport, at det var mindre væsentligt, at de pågældende aktiver blev benyttet til både at foretage ruteflyvninger og til de omhandlede charterflyvninger, og dom af 26.11.2015, Aira Pascual og Algeposa Terminales Ferroviarios (C-509/14, EU:C:2015:781, præmis 36-38). I dette tilfælde havde en offentligtretlig virksomhed, der havde ansvaret for en aktivitet bestående i håndtering af intermodale transportenheder, gennem en kontrakt om forvaltning af offentlige tjenesteydelser betroet udøvelsen af denne aktivitet til en anden virksomhed ved samtidig at stille de til det formål nødvendige elementer, nemlig kraner og lokaler, til rådighed.

47 – Dom af 26.11.2015, Aira Pascual og Algeposa Terminales Ferroviarios (C-509/14, EU:C:2015:781, præmis 39 og 40).

69. Hvad endelig angår fremgangsmåden ved finansiering⁴⁸ såvel som fraværet af organisatorisk uafhængighed efter overførslen⁴⁹, som nævnes i forelæggelsesafgørelsen, bemærkes det, at Domstolen allerede har fastslået, at disse forhold ikke i sig selv er af en sådan karakter, at de udelukker anvendelsen af direktiv 2001/23.

70. Domstolen fastslog således i en situation, der kan sammenlignes med den i hovedsagen omhandlede⁵⁰, at »[d]et følger [...] af præmis 46 og 47 i dom [af 12. februar 2009,] Klarenberg [⁵¹,] at det ikke er den erhvervsdrivendes specifikke bevarelse af de forskellige overførte produktionsfaktorer, men den gensidige funktionelle afhængigheds- og komplementaritetsforbindelse mellem disse faktorer, som udgør det relevante element med henblik på at fastslå, om den overførte enhed har bevaret sin identitet. Bevarelsen af en sådan funktionel forbindelse mellem de forskellige overførte faktorer gør det således muligt for erhververen at anvende disse, selv om de efter overførslen integreres i en ny anderledes organisatorisk struktur med henblik på at fortsætte den samme eller en tilsvarende økonomisk aktivitet (jf. dom [af 12.2.2009,] Klarenberg [⁵²,] præmis 48)«⁵³.

71. Det forekommer mig derfor at være afgørende, at den forelæggende ret undersøger, om en gensidig funktionel afhængigheds- og komplementaritetsforbindelse mellem de forskellige overførte produktionsfaktorer er bevaret med henblik på at fortsætte den samme eller en tilsvarende økonomisk aktivitet⁵⁴.

72. Sagt med andre ord er det tilstrækkeligt at afgøre, om den tidligere aktivitet, der blev udøvet under ENAE's ansvar, på tidspunktet for overførslen kunne fortsættes med passende midler under en ny ledelse, uden at det, som det er anført ovenfor, er afgørende, om de aktiver, der er stillet til rådighed af overdrageren, udelukkende anvendes til den overførte aktivitet. Som følge deraf kan den økonomiske aktivitets succes efter overførslen, som den forelæggende ret har forespurgt om, ikke anvendes som et relevant kriterie med henblik på anvendelsen af direktiv 2001/23.

4. Om overdragerens og erhververens intentioner ved overførslen af aktiviteten

73. Hvis den forelæggende ret efter de undersøgelser, der nævnes i de ovenstående punkter⁵⁵, når til den konklusion, at kriterierne for, at der foreligger en overførsel af en del af virksomheden, er opfyldt i den foreliggende sag, skal det afgøres, hvilke følger der skal drages af denne retsinstans' konstatering om, at »[f]ra tidspunktet for overførslen var ETYE's skæbne som selskab forudbestemt og førte til dets likvidation«, selv om der mellem 2006 og 2007 foregik en, om end beskedent, aktivitet⁵⁶.

48 – Jf. dom af 6.9.2011, Scattolon (C-108/10, EU:C:2011:542, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

49 – Jf. dom af 2.12.1999, Allen m.fl. (C-234/98, EU:C:1999:594, præmis 34 og 35), af 12.2.2009, Klarenberg (C-466/07, EU:C:2009:85, præmis 43, 44 og 50 samt den deri nævnte retspraksis), og af 6.3.2014, Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:12, præmis 47-51 samt den deri nævnte retspraksis).

50 – Der var tale om en overførsel mellem selskaber. Det præciseres i præmis 23 i dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565), at spørgsmålet vedrørte »en situation, hvor en virksomhed, der opererer på markedet for charterflyvninger, opløses af dens hovedaktionær, som ligeledes er en luftfartsvirksomhed, og hvor denne sidstnævnte herefter overtager den opløste virksomhed ved at overtage de løbende leasingkontrakter vedrørende flyvemaskiner og kontrakter om charterflyvninger, udøver virksomhed, der hidtil blev udøvet af den opløste virksomhed, genansætter visse af de arbejdstagere, der hidtil har været tilknyttet denne virksomhed, ved at tildele dem stillinger, der er tilsvarende dem, de tidligere udførte, og modtager mindre udstyr fra nævnte virksomhed«.

51 – Sag C-466/07 (EU:C:2009:85).

52 – Sag C-466/07 (EU:C:2009:85).

53 – Dom af 9.9.2015, Ferreira da Silva e Brito m.fl. (C-160/14, EU:C:2015:565, præmis 33 og 34).

54 – Jf. i denne retning dom af 12.2.2009, Klarenberg (C-466/07, EU:C:2009:85, præmis 48), og af 20.7.2017, Piscarreta Ricardo (C-416/16, EU:C:2017:574, præmis 44).

55 – Punkt 62 og 71 i dette forslag til afgørelse.

56 – Nærmere herom i punkt 41 i dette forslag til afgørelse.

74. Der er således ikke, som ENAE har gjort gældende, tale om at fastsætte en ny betingelse, som vedrører overførselens økonomiske succes, eller som fører til, at betingelserne for denne drages i tvivl i tilfælde af en senere nedlæggelse af aktiviteten efter erhververens beslutning. Således kan erhververens ret til at afslutte aktiviteten efter overførslen a priori ikke drages i tvivl.

75. Som Domstolen har fastslået gentagne gange, og som det i øvrigt fremgår af artikel 4 i direktiv 2001/23, »fratager direktivet ikke medlemsstaterne muligheden for at tillade arbejdsgiverne at ændre arbejdsforholdene i ugunstig retning, navnlig med hensyn til beskyttelse mod afskedigelse og lønvilkår. Nævnte direktiv forbyder blot, at sådanne ændringer finder sted i forbindelse med og på grund af overførslen«⁵⁷.

76. Det er, henset til omstændighederne i hovedsagen, mere præcist overdragerens beslutning om sideløbende med overførslen at anvende denne som middel til at nedlægge den overførte aktivitet, som overdrageren var ansvarlig for, med henblik på, at overdrageren kan unddrage sig sine forpligtelser til beskyttelse af arbejdstagerne⁵⁸, som hindrer overførslen i at være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2001/23.

77. Det er derfor uden betydning, at en aktivitet kunne fortsættes efter overførslen af den økonomiske aktivitet, hvis det godtgøres, at den ikke var stabil, og at den ved overførslen var organiseret under betingelser, som ville fremtvinge dens sammenbrud.

78. Det er med andre ord ikke så meget konstateringen af aktivitetens varighed, der er væsentlig, som konstateringen vedrørende de beføjelser, der tildeles den overførte enhed med henblik på, at den kan fortsætte med at udøve denne aktivitet for en periode, der i princippet er ubegrænset. I denne henseende kan en forud fastsat afslutning af kontrakterne uden kommerciel udvikling af kundekredsen eller diversificering af opgaverne være et indicium for, at der ikke foreligger et stabilt perspektiv ved overførslen. Dette kan også være tilfældet ved en planlagt omorganisering af ledelsen af arbejdstagerne eller deres arbejdstider eller antal, hvis dette hindrer den fortsatte udøvelse af aktiviteten. Det er derfor valget af midler til opnåelse af dette mål på tidspunktet for overførslen, som forekommer mig at være afgørende.

79. Under alle omstændigheder ville det stride mod formålet om at beskytte arbejdstagerne, som Domstolen konsekvent har fremhævet⁵⁹, hvis varigheden af udøvelsen af den økonomiske aktivitet blev anset for at være et bedømmelseskriterie for, om der foreligger en overførsel, og dette ville være befordrende for et misbrug af de EU-retlige bestemmelser⁶⁰.

80. I øvrigt ville det føre til en løsning, der er helt i strid med direktivets formål, hvis man blot konstaterede, at der forelå en aftale med henblik på at nedlægge aktiviteten, selv hvis denne ikke blev gennemført i virkeligheden, idet denne aktivitet under denne meget teoretiske antagelse blev udøvet stabilt.

81. Det følger heraf, at hvis det er godtgjort, at det formål, der forfølges af overdrageren og erhververen ved overførslen, ikke er at fortsætte den overførte økonomiske aktivitet, men at omgå de forpligtelser til beskyttelse af arbejdstagerne, som følger af den nationale lovgivning, kan denne overførsel ikke være omfattet af artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2001/23.

57 – Dom af 6.9.2011, Scattolon (C-108/10, EU:C:2011:542, præmis 59 og den deri nævnte retspraksis, vedrørende artikel 4 i direktiv 77/187, som svarer til artikel 4 i direktiv 2001/23).

58 – Jf. punkt 39 og 40 i dette forslag til afgørelse.

59 – Jf. tredje betragtning til direktiv 2001/23 og navnlig dom af 11.7.2018, Somoza Hermo og Ilunión Seguridad (C-60/17, EU:C:2018:559, præmis 26).

60 – Ifølge Domstolens faste praksis kan ingen påberåbe sig EU-retlige bestemmelser med henblik på at muliggøre svig eller misbrug. Jf. bl.a. dom af 26.10.2017, Argenta Spaarbank (C-39/16, EU:C:2017:813, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis).

82. I dette tilfælde forekommer beskyttelsen af arbejdstagerne mig ligeledes at begrunde en anvendelse af de nationale bestemmelser, som pålægger sanktioner for de eventuelle skadelige følger af sådanne transaktioner.

83. I lyset af det ovennævnte er det min opfattelse, at artikel 1, stk. 1, litra a) og b), i direktiv 2001/23 skal fortolkes således, at dette direktiv, under forudsætning af, at det godtgøres, at der ved overførslen af den økonomiske enhed forelå en intention om at fortsætte en økonomisk aktivitet, kan finde anvendelse i en situation, hvor den overførte virksomheds- eller bedriftsdel ikke bevarer sin organisatoriske uafhængighed, såfremt den funktionelle forbindelse mellem de forskellige overførte produktionsfaktorer opretholdes, og dette gør det muligt for erhververen at anvende disse sidstnævnte til på en stabil måde at udøve den samme eller en tilsvarende økonomisk aktivitet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

IV. Forslag til afgørelse

84. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg, at Domstolen besvarer de spørgsmål, som Areios Pagos (øverste domstol i civile sager og straffesager, Grækenland) har forelagt, 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 dette direktiv, under forudsætning af, at det godtgøres, at der ved overførslen af den økonomiske enhed forelå en intention om at fortsætte en økonomisk aktivitet, kan finde anvendelse i en situation, hvor den overførte virksomheds- eller bedriftsdel ikke bevarer sin organisatoriske uafhængighed, såfremt den funktionelle forbindelse mellem de forskellige overførte produktionsfaktorer opretholdes, og dette gør det muligt for erhververen at anvende disse sidstnævnte til på en stabil måde at udøve den samme eller en tilsvarende økonomisk aktivitet, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.«