

## ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ

M. POIARES MADURO

της 16ης Ιουνίου 2005<sup>1</sup>

1. Με την υπό κρίση υπόθεση ζητείται από το Δικαστήριο να διευκρινίσει, για μια ακόμη φορά, τα στοιχεία που πλαισιώνουν την έννοια της «μεταβιβάσεως» σύμφωνα με το νόημα του άρθρου 1 της οδηγίας 2001/23/EK του Συμβουλίου, της 12ης Μαρτίου 2001, περί προσεγγίσεως των νομοθεσιών των κρατών μελών, σχετικά με τη διατήρηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων σε περίπτωση μεταβιβάσεων επιχειρήσεων, εγκαταστάσεων ή τμημάτων εγκαταστάσεων ή επιχειρήσεων<sup>2</sup> (ΕΕ L 82, σ. 16). Πράγματι, το Arbeitsgericht Düsseldorf (Γερμανία) έχει υποβάλει στο Δικαστήριο, με δύο χωριστές αποφάσεις της 5ης Μαΐου 2004, ερωτήματα σχετικά με την εφαρμογή της οδηγίας αυτής κατά τη διαδοχή ενός παρέχοντος υπηρεσίες από άλλον στο πλαίσιο δημοσίας συμβάσεως όσον αφορά ανάθεση έργου παροχής υπηρεσιών σχετικά με τον έλεγχο των επιβατών στο αεροδρόμιο του Ντύσσελντορφ. Ειδικότερα, το αιτούν δικαστήριο ζητεί να μάθει ποιες είναι οι συνέπειες που πρέπει να αντληθούν από την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα<sup>3</sup> διάθεση

ορισμένων στοιχείων εκμεταλλεύσεως υπέρ των αναδόχων.

### I — Πραγματικά περιστατικά, νομικό πλαίσιο και προδικαστικά ερωτήματα

2. Σύμφωνα με σύμβαση συναφθείσα στις 24 Μαρτίου/5 Απριλίου 2000 με την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, ανατέθηκε στην Aviation Defence International Germany Ltd έλεγχος αποσκευών και επιβατών στο αεροδρόμιο του Ντύσσελντορφ. Την εκτέλεση της συμβάσεως αυτής ανέλαβε η Securicor Aviation (Germany) Ltd (στο εξής: Securicor). Με έγγραφο της 5ης Ιουνίου 2003, ειδοποιήθηκε η Securicor ότι η ελεγκτική της αποστολή θα έληγε την 31η Δεκεμβρίου 2003, δεδομένου ότι το έργο της εκτελέσεως της αποστολής της εναντίως ασφάλειας στο αεροδρόμιο είχε ανατεθεί στην εταιρία Kötter Aviation Security GmbH

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η πορτογαλική.

2 — Η οδηγία αυτή κωδικοποιεί τις τροποποιήσεις της οδηγίας 77/187/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Φεβρουαρίου 1977, περί προσεγγίσεως των νομοθεσιών των κρατών μελών, σχετικών με τη διατήρηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων σε περίπτωση μεταβιβάσεων επιχειρήσεων, εγκαταστάσεων ή τμημάτων εγκαταστάσεων (ΕΕ ειδ. έκδ. 05/002, σ. 171), που έχουν επιέλθει με την οδηγία 98/50/ΕΚ του Συμβουλίου, της 29ης Ιουνίου 1998 (ΕΕ L 201, σ. 88).

3 — Η υποσημείωση αυτή δεν αφορά την ελληνική μετάφραση.

& Co. KG (στο εξής: Kötter). Η τελευταία άρχισε τις δραστηριότητές της την 1η Ιανουαρίου 2004.

3. Σύμφωνα με τους όρους της συμβάσεως, που δεν μεταβλήθηκαν κατά την αλλαγή του αναδόχου, η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας θέτει στη διάθεσή του τους εξοπλισμούς εναέριας ασφάλειας που είναι αναγκαίοι για τη διενέργεια των ελέγχων και αναλαμβάνει τη συντήρησή τους. Πρόκειται για πύλες ανιχνεύσεως μεταλλικών αντικειμένων, κυλιόμενους μάντες φέροντες συστήματα ελέγχου με ακτίνες Χ (εγκατάσταση ελέγχου αποσκευών και συσκευές ακτινοσκοπικής ανιχνεύσεως), ανιχνευτές χειρός και ανιχνευτές εκρηκτικών.

4. Στη σύμβαση προβλέπεται επίσης ότι ο αναθέτων φορέας οφείλει να τηρήσει το άρθρο 29, στοιχείο c, παράγραφος 1, του νόμου περί εναερίων μεταφορών (Luftverkehrsgesetz), κατά το οποίο «[σ]τις αρμόδιες αεροπορικές αρχές εναπόκειται η μέριμνα της προστασίας από προσβολές στην ασφάλεια των εναερίων μεταφορών, ειδικότερα από αεροπειρατείες και πράξεις δολιοφθοράς. Για τον σκοπό αυτό, η επί του εδάφους αρμοδιότητα των αεροπορικών αρχών επεκτείνεται στο σύνολο της αερολιμενικής ζώνης. Εφόσον η εκτέλεση του έργου αυτού απαιτεί σωματική έρευνα προσώπων καθώς και έρευνα και κάθε είδους έλεγχο αντικειμένων, οι αεροπορικές αρχές μπορούν να προσφεύγουν στις υπηρεσίες προσώπων με ειδικά προσόντα, ως επικουρικών υπαλλήλων, οι οποίοι οφείλουν να ασκούν τα καθήκοντά τους υπό την επίβλεψη των εν λόγω αρχών»<sup>4</sup>.

5. Κατά συνέπεια, οι μισθωτοί του αναδόχου στους οποίους έχουν ανατεθεί τα καθήκοντα ελέγχου οφείλουν να ακολουθήσουν ειδική εκπαίδευση τεσσάρων εβδομάδων και να υποστούν εξετάσεις ως βοηθοί εναέριας ασφάλειας προκειμένου να τους εκχωρηθεί η εξουσία δημοσίας αρχής για την άσκηση αυτών των ελεγκτικών δραστηριοτήτων.

6. Οι Güney-Görges και Demir εργαζόνταν, αντιστοίχως, από τις 26 Απριλίου 2000 και τις 7 Μαΐου 2001 ως υπάλληλοι ασφαλείας και υπό την ιδιότητά τους αυτή υπόκεινταν στις επιταγές του άρθρου 29, στοιχείο c, του νόμου περί των εναερίων μεταφορών. Η Securitor απηύθυνε και στις δύο έγγραφο, με ημερομηνία 26 Νοεμβρίου 2003, περί καταγγελίας των σχετικών συμβάσεων εργασίας οι οποίες τερματιζόνταν στις 31 Δεκεμβρίου 2003. Οι εργαζόμενες αντέδρασαν ασκώντας, ενώπιον του Arbeitsgericht Düsseldorf αγωγές, με ημερομηνία 18 Δεκεμβρίου 2003, με τις οποίες ζητούσαν να αναγνωριστεί ότι οι συμβάσεις τους εργασίας έπρεπε να εξακολουθήσουν να ισχύουν με το νέο ανάδοχο διότι είχε λάβει χώρα μεταβίβαση επιχείρησεως.

7. Η έννοια της «μεταβίβασεως επιχείρησεως» ορίζεται στο άρθρο 1, παράγραφος 1, της οδηγίας 2001/23 ως εξής:

«α) Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται σε οποιαδήποτε μεταβίβαση επιχείρησης,

4 — Ο νόμος αυτός παρατίθεται ως είχε κατά τη δημοσίευσή του στις 27 Μαρτίου 1999 (BGBl. 1999 I, σ. 550), ενώ τροποποιήθηκε, για τελευταία φορά, με τον νόμο της 6ης Απριλίου 2004 (BGBl. 2004 I, σ. 550).

εγκατάστασης ή τμήματος επιχείρησης ή εγκατάστασης σε άλλον εργοδότη, ως αποτέλεσμα νομικής μεταβίβασης ή συγχώνευσης.

- β) Υπό την επιφύλαξη του στοιχείου α' και των ακολούθων διατάξεων του παρόντος άρθρου, θεωρείται ως μεταβίβαση, κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας, η μεταβίβαση μιας οικονομικής οντότητας που διατηρεί την ταυτότητά της, η οποία νοείται ως σύνολο οργανωμένων πόρων με σκοπό την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, είτε κυρίας είτε δευτερεύουσας»<sup>5</sup>.

8. Η διάταξη αυτή μεταφέρθηκε στο γερμανικό δίκαιο με το άρθρο 613a του Bürgerliches Gesetzbuch, του οποίου η παράγραφος 1 ορίζει, μεταξύ άλλων, ότι, «[ό]ταν μια εγκατάσταση ή μέρος της εγκαταστάσεως μεταβιβάζεται με νομική πράξη σε άλλον κύριο, ο τελευταίος διαδέχεται τον εκχωρητή στα εκ της συμβάσεως εργασίας δικαιώματα και υποχρεώσεις που ισχύουν κατά την ημερομηνία της μεταβιβάσεως».

9. Σύμφωνα με το Arbeitsgericht Düsseldorf, η ύπαρξη μεταβιβάσεως επιχείρησης εξαρτάται από την τυχόν μεταφορά στοιχείων

εκμεταλλεύσεως, συγκεκριμένα των εξοπλισμών εναέριας ασφαλείας, από τη Securicor στην Kötter. Πάντως, είναι διαπιστωμένο ότι η Kötter χρησιμοποιεί τα ίδια στοιχεία εκμεταλλεύσεως με τη Securicor, τα οποία έχουν διατεθεί από τον αναθέτοντα φορέα. Το αιτούν δικαστήριο διερωτάται εάν το γεγονός αυτό αρκεί για να συναχθεί η ύπαρξη μεταβιβάσεως επιχείρησης κατά την έννοια του άρθρου 1, της οδηγίας 2001/23, όπως έχει ερμηνευθεί από το Δικαστήριο με την απόφασή του Abler κ.λπ.<sup>6</sup> Πράγματι, με την τελευταία αυτή απόφαση, το Δικαστήριο στηρίχτηκε στο γεγονός της διαθέσεως στοιχείων ενεργητικού από έναν αναθέτοντα φορέα για να καταλήξει στο συμπέρασμα της υπάρξεως μεταβιβάσεως επιχείρησης μεταξύ διαδεχθέντων ο ένας τον άλλον παρεχόντων υπηρεσιών. Οι αμφιβολίες του αιτούντος δικαστηρίου προέρχονται επίσης από την ερμηνεία της εννοίας της μεταβιβάσεως, σύμφωνα με τη νομολογία του Bundesarbeitsgericht, το οποίο έχει κρίνει ότι τα στοιχεία εκμεταλλεύσεως που έχουν τεθεί στη διάθεση του αναδόχου μπορούν να εξομοιωθούν προς στοιχείο του τελευταίου μόνο στην περίπτωση «ιδίας οικονομικής διαχειρίσεως»<sup>7</sup>. Κατά συνέπεια, με δυο χωριστές αποφάσεις της 3ης Μαΐου 2004, των οποίων η συνεκδίκηση αποφασίστηκε με διάταξη του Προέδρου του Δικαστηρίου της 9ης Ιουλίου 2004 λόγω της ταυτότητας των υποβληθέντων ερωτημάτων, το Arbeitsgericht Düsseldorf απηύθυνε στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

- «1) Κατά την εξέταση του ζητήματος της υπάρξεως μεταβιβάσεως εγκαταστάσεως, κατ' εφαρμογήν του άρθρου 1

6 — Απόφαση της 20ής Νοεμβρίου 2003, C-340/01 (Συλλογή 2003, σ. I-14023).

7 — Απόφαση του ογδού τμήματος του Bundesarbeitsgericht της 11ης Δεκεμβρίου 1997 (8 AZR 426/94, BAGE 87, 296), διάταξη της 22ας Ιανουαρίου 1998, (8 ABR 83/96) που δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη, και απόφαση της 25ης Μαΐου 2000 (8 AZR 337/99) που δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη, οι οποίες έχουν επισυναφθεί στις παρατηρήσεις της Γερμανικής Κυβερνήσεως.

5 — Ο ορισμός αυτός παρέμεινε αμετάβλητος σε σχέση με το κείμενο της οδηγίας 98/50.

της οδηγίας 2001/23/ΕΚ —ανεξαρτήτως του ζητήματος της κυριότητας—, σε περίπτωση νέας αναθέσεως έργου και στο πλαίσιο συνολικής εκτιμήσεως, εξαρτάται η διαπίστωση της μεταβιβάσεως των στοιχείων εκμεταλλεύσεως του αρχικού αναδόχου στο νέο διάδοχο από την προϋπόθεση ότι τα στοιχεία αυτά έχουν εκχωρηθεί στον τελευταίο στο πλαίσιο ίδιας οικονομικής διαχείρισεως; Κατά συνέπεια, προκειμένου να γίνει δεκτή η ύπαρξη μεταβιβάσεως των στοιχείων εκμεταλλεύσεως, είναι ανάγκη να αναγνωριστεί στον ανάδοχο η δυνατότητα να αποφασίζει σχετικά με τον τρόπο χρησιμοποιήσεώς τους προς ίδιο οικονομικό συμφέρον; Ως εκ τούτου, πρέπει να γίνει διάκριση ανάλογα με το εάν τα στοιχεία εκμεταλλεύσεως του αναθέτοντος φορέα αποτελούν το “αντικείμενο” ή το “μέσον” της δοθείσας από τον ανάδοχο φορέα παροχής;

2) Σε περίπτωση που το Δικαστήριο θα απαντούσε καταφατικώς στο πρώτο ερώτημα:

α) Πρέπει να θεωρηθεί ότι δεν υφίσταται προορισμός για ίδια οικονομική διαχείριση των στοιχείων εκμεταλλεύσεως όταν ο αναθέτων φορέας τα θέτει στη διάθεση του αναδόχου μόνο με σκοπό την απλή χρήση ενώ ο ίδιος αναλαμβάνει τη συντήρηση, συμπεριλαμβανομένων των σχετικών εξόδων;

β) Υφίσταται ίδια οικονομική διαχείριση από τον ανάδοχο όταν, στο πλαίσιο του ελέγχου των επιβατών στα αεροδρόμια, χρησιμοποιεί τις πύλες ανιχνεύσεως μεταλλικών αντικειμένων, τους ανιχνευτές χειρός και τις συσκευές ραδιοσκοπικής ανίχνευσης που έχουν τεθεί στη διάθεσή του από τον αναθέτοντα φορέα;»

10. Και τα δύο ανωτέρω ερωτήματα σκοπούν στον προσδιορισμό των προϋποθέσεων υπό τις οποίες πρέπει να θεωρηθεί ότι έχει λάβει χώρα μεταβίβαση στοιχείων εκμεταλλεύσεως, όταν τα στοιχεία αυτά έχουν τεθεί στη διάθεση των διαδοχικών αναδόχων του σχετικού έργου από τον αναθέτοντα φορέα.

11. Ας σημειωθεί, ευθύς εξ αρχής, ότι ουδεμία υφίσταται αμφιβολία σχετικά με τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας 2001/23 στις συμβάσεις αναθέσεως του έργου της παροχής υπηρεσιών. Με την απόφασή του *Watson Rask και Christensen*<sup>8</sup>, το Δικαστήριο επιβεβαίωσε, πράγματι, τη δυνατότητα αυτή. Στη συνέχεια, με τις αποφάσεις του *Schmidt*<sup>9</sup> και *Sützen*<sup>10</sup> επιβεβαιώθηκε η

8 — Απόφαση της 12ης Νοεμβρίου 1992, C-209/91 (Συλλογή 1992, σ. I-5755, σκέψη 17).

9 — Απόφαση της 14ης Απριλίου 1994, C-392/92 (Συλλογή 1994, σ. I-1311, σκέψεις 12 έως 14). Παρόλα αυτά, ύστερα από την έκδοση της αποφάσεως αυτής, που σφόδρα επικρίθηκε από τη νομική επιστήμη, η Επιτροπή είχε προτείνει, σε πρόταση για αναθεώρηση της οδηγίας 77/187, να γίνει διάκριση μεταξύ, αφενός, της μεταβιβάσεως μιας οντότητας και, αφετέρου, της μεταβιβάσεως μόνο δραστηριότητας μιας οντότητας, της τελευταίας μη επιπτώσης στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας. Ενώπιον της αντιθέσεως του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου, η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων τροποποίησε την αρχική πρότασή της και κατήργησε αυτή τη διάταξη του κειμένου. Παρόλα αυτά, στην απόφαση της 11ης Μαρτίου 1997, C-13/95, *Sützen* (Συλλογή 1997, σ. I-1259), επαναλαμβάνεται η διάκριση μεταξύ οντότητας και «απλής δραστηριότητας».

10 — Προπαρατεθείσα απόφαση.

ερμηνεία αυτή. Ως παράδειγμα εφαρμογής της οδηγίας 2001/23 επί διαδοχικών αναθέσεων εκτελέσεως έργου πρέπει να αναφερθούν οι υποθέσεις Hidalgo κ.λπ.<sup>11</sup>, Hernandez Vidal κ.λπ.<sup>12</sup>, Allen κ.λπ.<sup>13</sup>, Liikenne<sup>14</sup>, Temco<sup>15</sup> και τέλος, η προπαρατεθείσα απόφαση Ablet κ.λπ.

12. Μολονότι η νομολογία επί του θέματος αυτού είναι πλούσια, παρόλα αυτά, το ζήτημα σχετικά με την έννοια της μεταβιβάσεως επιχειρήσεως δεν έχει κλείσει εφόσον οι γενικοί εισαγγελείς εξακολουθούν να υποβάλλουν στο Δικαστήριο επιχειρήματα σκοπούντα στην αμφισβήτηση της ευρείας ερμηνείας της εννοίας αυτής<sup>16</sup>. Η νομολογία δυσκολεύεται ενίοτε να χαράξει διαχωριστική γραμμή μεταξύ της μεταβιβάσεως δραστηριοτήτων και της μεταβιβάσεως επιχειρήσεως<sup>17</sup>. Όμως, το όριο αυτό εγγυάται την ύπαρξη μιας ισορροπίας μεταξύ των δύο επιδιωκόμενων από την οδηγία 2001/23 στόχων, συγκεκριμένα, αφενός και κυρίως,

την προστασία των εργαζομένων<sup>18</sup> και, αφετέρου, την πραγματοποίηση της ενιαίας αγοράς<sup>19</sup>.

13. Προκειμένου μια οντότητα να διατηρήσει την ταυτότητά της ύστερα από μια μεταβίβαση, πρέπει προηγουμένως να υφίσταται ως αυτόνομη οντότητα<sup>20</sup>. Αντίθετα προς όσα υποστήριξε η Kötter κατά την επ' ακροατήριου συζήτηση, ουδεμία έχω αμφιβολία ως προς την ύπαρξη οικονομικής οντότητας προοριζόμενης για την άσκηση ελεγκτικών δραστηριοτήτων στο αεροδρόμιο του Ντύσσελντορφ. Ωστόσο, προκειμένου να δοθεί απάντηση στα ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου, πρέπει, σε μια πρώτη φάση, να διερευνηθεί εάν τα στοιχεία που έχουν διατεθεί από τον αναθέτοντα φορέα αποτελούν μέρος της μεταβιβασθείσας οντότητας, δηλαδή να εκτιμηθεί εάν αυτά τα θεθέντα στη διάθεση της Securicoi στοιχεία πρέπει να καταλογιστούν σ' αυτήν. Η φύση της διαθέσεως θα είναι καθοριστική για την ανάλυση αυτή. Σε μια δεύτερη φάση, θα εξετάσω το ζήτημα της διατήρησης της ταυτότητας της οντότητας.

11 — Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 1998, C-173/96 και C-247/96 (Συλλογή 1998, σ. I-8237).

12 — Απόφαση της 10ης Δεκεμβρίου 1998, C-127/96, C-229/96 και C-74/97 (Συλλογή 1998, σ. I-8179).

13 — Απόφαση της 2ας Δεκεμβρίου 1999, C-234/98 (Συλλογή 1999, σ. I-8643).

14 — Απόφαση της 25ης Ιανουαρίου 2001, C-172/99 (Συλλογή 2001, σ. I-745).

15 — Απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2002, C-51/00 (Συλλογή 2002, σ. I-969).

16 — Π.χ., σύμφωνα με τον γενικό εισαγγελέα Geelhoed, οι πραγματικές περιστάσεις στην προπαρατεθείσα υπόθεση Ablet κ.λπ. έπρεπε να αναλυθούν ως «απώλεια της συμβάσεως που είχε ο παλαιός συμβασιούχος και ανάθεση της στον νέο συμβασιούχο» (σημείο 54) και όχι ως μεταβίβαση επιχειρήσεως. Στο σημείο 38 των προτάσεων του στην προπαρατεθείσα υπόθεση Temco, ο γενικός εισαγγελέας Geelhoed επιμένει επίσης στη σημασία του οικονομικού πλαισίου, προτείνοντας ότι «η δυναμική της αγοράς κινδυνεύει να διαταραχθεί αν θεωρηθεί υπερβολικά ελαστικό ότι υφίσταται μεταβίβαση κατά την έννοια της οδηγίας».

17 — Μόνον η δεύτερη περίπτωση εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2001/23. Η μεταβίβαση δραστηριότητας αποτελεί ένα από τα στοιχεία που αποτελούν τη μεταβίβαση επιχειρήσεως. Εξάλλου, έχει σημασία να έχει επίσης μεταβιβαστεί μια σταθερή οικονομική μονάδα, στήριγμα της δραστηριότητας, ώστε να υφίσταται μεταβίβαση επιχειρήσεως. Επί της έννοιας της οικονομικής οντότητας, βλ. μεταξύ άλλων, τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα van Gerven στην προπαρατεθείσα υπόθεση Schmidt, σημεία 13 και 14· Pochet, P., *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, Droit Social, 1994, σ. 931, και O'Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, σ. 259.

18 — Βλ. την τελευταία εκδοθείσα σχετικώς απόφαση της 26ης Μαΐου 2005, C-478/03, Celce, σκέψεις 26 και 27, Συλλογή 2005, σ. I-4389. Βλ. επίσης Mertens de Wilmars, J., και Nyssens, H., «Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen», *Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, σ. 557.

19 — Η οδηγία 2001/23 λαμβάνει υπόψη, γενικότερα, οικονομικές επιπτώσεις εφόσον στο άρθρο της 5, παράγραφος 1, προβλέπεται ότι αυτή δεν εφαρμόζεται κατ' αρχήν όταν ο εκχωρητής υπόκειται σε διαδικασία πτώχευσης ή σε οποιαδήποτε άλλη διαδικασία αφεργυδότητας. Επί της ισορροπίας μεταξύ των δύο επιδιωκόμενων από την οδηγία στόχων, Kenner, J., *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, σ. 352.

20 — Η νομολογία εν προκειμένω είναι πάγια: προπαρατεθείσα απόφαση Süssen, σκέψη 13· απόφαση της 19ης Σεπτεμβρίου 1995, C-48/94, Rygaard (Συλλογή 1995, σ. I-2745, σκέψη 20)· προπαρατεθείσα απόφαση Liikenne, σκέψη 31, και προπαρατεθείσα απόφαση Ablet κ.λπ., σκέψη 30.

**II — Προκαταρκτικές σκέψεις σχετικά με τη μεταβίβαση στοιχείων εκμεταλλεύσεως του αναθέτοντος φορέα στους παρέχοντες υπηρεσίες**

14. Το τεθέν με το πρώτο ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου πρόβλημα συνίσταται στο ζήτημα εάν τα διατεθέντα από τον αναθέτοντα φορέα στοιχεία εκμεταλλεύσεως αποτελούν μέρος της μεταβιβαστέας οικονομικής οντότητας. Άραγε θα μπορούσε να θεωρηθεί, όπως εκτιμά το εθνικό δικαστήριο, ότι η προπαρατεθείσα απόφαση Ableg κ.λπ. δίδει απάντηση στο ερώτημα αυτό;

15. Βεβαίως, από τη νομολογία προκύπτει ότι μεταβίβαση κυριότητας δεν είναι αναγκαία προκειμένου να υφίσταται μεταβίβαση ενσωμάτων στοιχείων ή ακινήτων. Π.χ., στην υπόθεση Redmond Stichting<sup>21</sup>, το τυχάνον επιδοτήσεις του δήμου ίδρυμα, το Redmond Stichting, στη συνέχεια Sigma, είχε μισθώσει από τον δήμο ένα ακίνητο. Το Δικαστήριο συμπεριέλαβε μεταξύ των στοιχείων που επέτρεπαν τη διαπίστωση της υπάρξεως μεταβίβασης, το γεγονός ότι «το ακίνητο που είχε μισθώσει το Redmond εκμισθώθηκε στο Sigma»<sup>22</sup>. Έτσι, η ανυπαρξία μεταβίβασης κυριότητας από έναν παρέχοντα υπηρεσίες σε άλλον δεν εμποδίζει το να μπορεί να υφίσταται μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού, εφόσον είναι διαπιστωμένο ότι τα εν

λόγω στοιχεία αποτελούν μέρος της μεταβιβάσιμης οντότητας<sup>23</sup>.

16. Το ζήτημα υπό ποιες περιστάσεις μια εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα διάθεση στοιχείων ενεργητικού σημαίνει ενσωμάτωση αυτών των στοιχείων στην μεταβιβάσιμη στον παρέχοντα υπηρεσίες οντότητα είναι πιο λεπτό. Η νομολογία δεν παρέχει σαφείς ενδείξεις επί του σημείου αυτού. Αντιθέτως είναι διχασμένη.

17. Στο πλαίσιο δύο διαδεχθεισών η μια την άλλη επιχειρήσεων όσον αφορά την εκτέλεση έργου καθαρισμού, το Δικαστήριο, με την απόφασή του Süzen, χωρίς να αποφανθεί ευθέως, αρκέστηκε στο να επισημάνει ότι η ταυτότητα μιας οικονομικής οντότητας προκύπτει από στοιχεία όπως, ενδεχομένως, «τα μέσα εκμεταλλεύσεως», που έχουν διατεθεί από τον αναθέτοντα φορέα<sup>24</sup>.

18. Ύστερα από την απόφαση αυτή, το Δικαστήριο φαίνεται να δίστασε, και πάλι, να αποφανθεί σχετικά, στο πλαίσιο της υποθέσεως Watson Rask και Christensen<sup>25</sup>. Η εταιρία Philips είχε αναθέσει, για πρώτη φορά, την παροχή υπηρεσιών καντίνας της επιχειρήσεώς της σε έναν εξωτερικό παρέχοντα υπηρεσίες. Είχε θέσει στη διάθεση της εταιρίας ISS Kantineservice, άνευ αντιπαροχής, τους εγκεκριμένους από την ISS χώρους πωλήσεως και παραγωγής, τον αναγκαίο για τη διαχείριση της καντίνας εξοπλισμό, ηλεκτρικό ρεύμα, ζεστό νερό και τηλέφωνο ενώ είχε αναλάβει την υποχρέωση να εξασφαλίσει τη γενική συντήρηση των

21 — Απόφαση της 19ης Μαΐου 1992, C-29/91 (Συλλογή 1992, σ. I-3189).

22 — Σκέψη 26 της αποφάσεως. Στο σημείο 13 των προτάσεων του, ο γενικός εισαγγελέας van Geerven εκτίμησε ότι: «επήλθε de facto μεταβίβαση των υλικών στοιχείων του ενεργητικού κατά την έννοια ότι το κτίριο που είχε εκμισθώσει ο Δήμος του Groningen στο Sophie Redmond εκμισθώθηκε από την 1η Ιανουαρίου 1991 στο Sigma».

23 — Βλ. επίσης την προπαρατεθείσα απόφαση Ableg κ.λπ., σκέψη 42, καθώς και την απόφαση του Δικαστηρίου ΕΖΕΣ της 10ης Δεκεμβρίου 2004, E-2/04, Rasmussen (που δεν έχει δημοσιευθεί ακόμη).

24 — Προπαρατεθείσα απόφαση, σκέψη 15.

25 — Προπαρατεθείσα απόφαση.

εγκαταστάσεων και του εξοπλισμού καθώς και την αποκομιδή των απορριμμάτων<sup>26</sup>. Στο σημείο 6 των προτάσεών του, ο γενικός εισαγγελέας van Geerven εκτίμησε ότι αυτή η κατάσταση έπρεπε να αναλυθεί ως «μη μεταβίβαση των κινητών της στοιχείων εκ μέρους της Philips». Το Δικαστήριο διαπίστωσε μόνο ότι η οδηγία 77/187 εφαρμόζεται σε μια κατάσταση εξωτερικεύσεως, κρίνοντας ταυτόχρονα ότι η διάθεση από τον αναθέτοντα φορέα στοιχείων εκμεταλλεύσεως αποτελεί μέρος των «διαφόρων πλεονεκτημάτων» οι λεπτομέρειες των οποίων καθορίζονται στη συναφθείσα συμφωνία<sup>27</sup> μεταξύ των δύο επιχειρήσεων.

19. Όμως, στην προπαρατεθείσα απόφαση Temco, φαίνεται να έχει δοθεί απάντηση στο ερώτημα σχετικά με τις συνέπειες που πρέπει να προκύπτουν από την εκ μέρους του αναθέτοντα φορέα διάθεση στοιχείων ενεργητικού. Εν προκειμένω, η Volkswagen είχε θέσει στη διάθεση των επιχειρήσεων καθαρισμού με τις οποίες είχε συνάψει σχετική σύμβαση τα μέσα που ήταν αναγκαία για τον βιομηχανικό καθαρισμό των εγκαταστάσεών της. Το Δικαστήριο έκανε δεκτή την ανάλυση του εθνικού δικαστηρίου σύμφωνα με την οποία από το στοιχείο αυτό συναγόταν ότι δεν είχε λάβει χώρα καμιά εκχώρηση στοιχείων ενεργητικού από τον έναν παρέχοντα υπηρεσίες στον άλλο<sup>28</sup>. Πράγματι, τίποτα δεν εμποδίζει ώστε τα διατιθέμενα στοιχεία ενεργητικού να χρησιμοποιούνται από έναν ανάδοχο και, στη συνέχεια, από τον διάδοχό του, χωρίς ωστόσο να αποτελούν μέρος της μεταβιβαστέας οντότητας.

20. Αντίθετα προς ό,τι φαίνεται να έχει διαπιστωθεί με την απόφαση εκείνη, το Δικαστήριο, παρόλα αυτά, με την προπαρατεθείσα απόφασή του Ablet κ.λπ., υιοθέτησε διαφορετική προσέγγιση, κάνοντας δεκτό ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, η διάθεση από τον αναθέτοντα φορέα στοιχείων ενεργητικού μπορεί να συνεπάγεται μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού μεταξύ παρεχόντων υπηρεσίες. Πράγματι, στην υπόθεση εκείνη, όπου δύο παρεχόντες υπηρεσίες είχαν διαδεχθεί ο ένας τον άλλον όσον αφορά τη διασφάλιση των υπηρεσιών σίτισης σε ένα νοσοκομείο και ο διαχειριστής φορέας είχε θέσει στη διάθεσή τους τους ίδιους τους χώρους όπως και νερό, ηλεκτρική ενέργεια καθώς και τους αναγκαίους, μικρούς και μεγάλους εξοπλισμούς, το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι «τα απαραίτητα για τη σχετική δραστηριότητα ενσώματα στοιχεία [...] ανελήφθησαν από τη Sodexho»<sup>29</sup>. Πάντως, το συμπέρασμα αυτό συνεπάγεται, κατ' ανάγκη, όπως σημείωσε η Γερμανική Κυβέρνηση κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, ότι τα επίμαχα ενσώματα στοιχεία αποτελούσαν μέρος της μεταβιβαστέας οντότητας, μολονότι το νοσοκομείο διατήρησε την κυριότητα<sup>30</sup>.

21. Έτσι, μολονότι, στην προπαρατεθείσα υπόθεση Temco, η διάθεση από τον αναθέτοντα φορέα στοιχείων εκμεταλλεύσεως δεν συνεπαγόταν στη συμπερίληψη των στοιχείων αυτών στη μεταβιβαστέα οντότητα, το Δικαστήριο, με την απόφαση Ablet κ.λπ., κατέληξε στο αντίθετο συμπέρασμα<sup>31</sup>. Είναι

29 — Προπαρατεθείσα απόφαση Ablet κ.λπ., σκέψη 36.

30 — Ας σημειωθεί ότι ο γενικός εισαγγελέας Geelhoed υπέδειξε, στο σημείο 77 των προτάσεών του, αντίθετη λύση: «δεδομένου ότι εκείνος που ανέθεσε τη σύμβαση είναι κύριος των μέσων παραγωγής, μετά τη λήξη της συμβάσεως θα ανακτήσει πλήρως τη χρήση των μέσων αυτών. Κατά συνέπεια, εν προκειμένω ο νέος συμβασιούχος δεν ανέλαβε αυτά τα στοιχεία του ενεργητικού».

31 — Το συμπέρασμα αυτό θα μπορούσε να εξηγηθεί ως αιτιώδες της βουλήσεως του Δικαστηρίου να εμποδίζει τους συμβαλλομένους να αποφεύγουν συμβατικώς την εφαρμογή της οδηγίας 77/187.

26 — Προπαρατεθείσα απόφαση Watson Rask και Christensen, σκέψη 6.

27 — Προπαρατεθείσα απόφαση Watson Rask και Christensen, σημείο 1 του διατακτικού.

28 — Προτάσεις στην προπαρατεθείσα απόφαση Temco, σημείο 25. Ας σημειωθεί ότι το Δικαστήριο κατέληξε στην υπόθεση εκείνη στο συμπέρασμα ότι είχε λάβει χώρα μεταβίβαση επιχειρήσεως από έναν παρέχοντα υπηρεσίες σε άλλο λόγω αναλήψεως ουσιώδους μέρους των αρμοδιοτήτων του προσωπικού από τον δεύτερο παρέχοντα υπηρεσίες.

δυσάρεστο ότι η απόκλιση αυτή δεν συνιστά το αποτέλεσμα της εφαρμογής ενός κριτηρίου που θα επέτρεπε να γίνεται διάκριση των δύο περιπτώσεων. Αντιθέτως, όπως η Γερμανική Κυβέρνηση υποστήριξε στις προφορικές παρατηρήσεις της, θεωρώ ότι αυτή η νομολογιακή απόκλιση πρέπει να ερμηνευθεί ως οφειλόμενη στην ανυπαρξία λειτουργικού κριτηρίου.

22. Ενόψει αυτών των διαταγμών της νομολογίας και αντίθετα προς ό,τι υποστηρίζει η *Securico*, πρέπει να αποφευχθεί μια γενίκευση που θα συνεπαγόταν ότι οποιαδήποτε εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα διάθεση στοιχείων εκμεταλλεύσεων είναι συνώνυμη της συμπεριλήψεως των εν λόγω στοιχείων στη μεταβιβάστια οντότητα. Στην περίπτωση αυτή, όπως επισήμανε η Γερμανική Κυβέρνηση κατά την επ' ακρατηρίου συζήτηση, κάθε διαδοχή μεταξύ των παρεχόντων υπηρεσίες όσον αφορά την εκτέλεση μιας συμβάσεως θα χαρακτηριζόταν ως μεταβίβαση επιχειρήσεως, υπό τη μόνη προϋπόθεση ότι στοιχεία ενεργητικού θα είχαν τεθεί στη διάθεσή τους από τον αναθέτοντα φορέα. Ως εκ τούτου, θα υπήρχε κίνδυνος μια απλή απώλεια συμβάσεως προς όφελος ανταγωνιστή να εξομοιωθεί προς μεταβίβαση επιχειρήσεως, και τούτο αντίθετα προς την πάγια νομολογία του Δικαστηρίου<sup>32</sup>. Η διαχωριστική γραμμή μεταξύ μεταβιβάσεως επιχειρήσεως και μεταβιβάσεως δραστηριότητας αρχίζει και πάλι να θολώνει<sup>33</sup>.

23. Εξάλλου, όπως επισήμαναν η *Kötter* και η Γερμανική Κυβέρνηση κατά την επ' ακρατηρίου συζήτηση, οι οικονομικές συνέπειες μιας τέτοιας γενικεύσεως, μη στηριζομένης σε ένα σταθερό κριτήριο, θα μπορούσαν να είναι ιδιαίτερας σημαντικές, εφόσον τα στοιχεία επί των οποίων θα ασκούσαν ο ανταγωνισμός μεταξύ των παρεχουσών υπηρεσιών επιχειρήσεων θα είχαν εξαιρετικά μειωθεί: η αυτόματη αναγνώριση της μεταβιβάσεως επιχειρήσεως μεταξύ διαδεχθέντων ο ένας τον άλλον παρεχόντων υπηρεσιών καταλήγει στο να μεταβάλλει το κόστος προσωπικού σε σταθερό κόστος. Τα περιθώρια χειρισμών που θα διέθεταν οι δυνητικοί ανταγωνιστές προκειμένου να υπερισχύσουν στο πλαίσιο μιας ανταγωνιστικής σχέσεως όσον αφορά σύμβαση παροχής υπηρεσιών θα μειώνονταν στο ελάχιστο, εφόσον ο ανταγωνισμός αυτός θα αφορούσε μόνον την οργάνωση των αρμοδιοτήτων του προσωπικού<sup>34</sup>.

24. Ελλείψει σαφούς κριτηρίου διακρίσεως στη νομολογία, το αιτούν δικαστήριο, υποστηριζόμενο από τη Γερμανική Κυβέρνηση, ισχυρίζεται ότι το ζήτημα εάν τα διατεθέντα από τον αναθέτοντα φορέα στοιχεία ενεργητικού πρέπει ή όχι να καταλογιστούν στον ανάδοχο που τα χρησιμοποιεί εξαρτάται από την έννοια της «ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως».

32 — Η προπαρατεθείσα απόφαση *Süzen*, σκέψη 16: «Η απλή απώλεια συμβάσεως μισθώσεως έργου προς όφελος ενός ανταγωνιστή δεν μπορεί επομένως, αυτή καθαυτή, να αποδεικνύει την ύπαρξη μεταβιβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας. Στην περίπτωση αυτή, η επιχείρηση παροχής υπηρεσιών με την οποία είχε προηγουμένως συναφθεί η σύμβαση, μολονότι χάνει έναν πελάτη, ωστόσο εξακολουθεί να υφίσταται στο ακέραιο, χωρίς να είναι δυνατόν να θεωρηθεί ότι μία από τις εγκαταστάσεις της ή τμήματα εγκαταστάσεως έχουν εκχωρηθεί στον νέο εργολήπτη.»

33 — Επί των κινδύνων της συγχύσεως αυτής, βλ., π.χ., το χρονικό του *Déprez, J.*, *RJS*, 1995, αριθ. 5, σ. 315 ή ακόμα *Bally, P.*, *Le fil de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail*, *Droit Social*, 2004, σ. 366.

34 — *More, G.*, «The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility?», *New Legal Dynamics of European Union*, 1995, σ. 129.



### III — Το κριτήριο της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως

25. Σύμφωνα με τη νομολογία του *Bundesarbeitsgericht*, κατ' εφαρμογήν του κριτηρίου της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως, τα διατιθέμενα από τον αναθέτοντα φορέα στοιχεία εκμεταλλεύσεως θα καταστούν αναπόσπαστο μέρος της μεταβιβαστέας οικονομικής οντότητας υπό τον όρο ότι ο παρέχων υπηρεσίες θα έχει τη δυνατότητα να διαχειρίζεται ελευθέρως τα στοιχεία αυτά, ανάλογα με το δικό του συμφέρον.

26. Σύμφωνα με το αιτούν δικαστήριο και τη Γερμανική Κυβέρνηση, αυτό το κριτήριο επιτρέπει να εξηγηθεί η θέση που υιοθέτησε το Δικαστήριο στην υπόθεση *Abler* κ.λπ.<sup>35</sup>. Πράγματι, η *Sodexho* απήλαυε της ελεύθερης οικονομικής διαχειρίσεως της κουζίνας που ήταν στη διάθεσή της. Ενεργούσε ακολουθώντας το δικό της οικονομικό συμφέρον όσον αφορά τόσο την κατάρτιση του καταλόγου των φαγητών όσο και την παράδοση σε άλλους, εκτός του νοσοκομείου, πελάτες. Εξάλλου, τα έξοδα συντήρησης βάρυναν τον χρήστη των στοιχείων εκμεταλλεύσεως. Αντιθέτως, προβάλλει η Γερμανική Κυβέρνηση, στη συγκεκριμένη περίπτωση, τα εργαλεία ελέγχου των επιβατών που είχαν τεθεί στη διάθεση της *Securicor* δεν μπορούσαν να θεωρηθούν ως ενσωματωμένα σε μία μεταβιβάσιμη οντότητα, διότι η εν λόγω εταιρία δεν διέθετε κανένα περιθώριο χειρισμών όσον αφορά τη χρησιμοποίησή τους.

27. Πριν εκτιμηθεί η σημασία του προταθέντος από το αιτούν δικαστήριο κριτηρίου, πρέπει να γίνει αναφορά στο κείμενο του άρθρου 1, παράγραφος 1, στοιχείο β', της οδηγίας 2001/23, το οποίο προσδιορίζει μια οικονομική οντότητα ως «σύνολο οργανωμένων πόρων με σκοπό την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, είτε κυρίας είτε δευτερεύουσας». Τίποτα στο κείμενο του άρθρου αυτού δεν επιτάσσει ή δεν απαγορεύει τη δημιουργία κριτηρίου, επιτρέποντος τον προσδιορισμό των περιπτώσεων όπου η διάθεση στοιχείων ενεργητικού αποτελεί, στην πραγματικότητα, «μεταβίβαση» των στοιχείων αυτών του αναθέτοντος φορέα στον ανάδοχο.

28. Ωστόσο, για τους λόγους που πρόκειται να αναλύσω κατωτέρω, θεωρώ ότι το κριτήριο της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως, όπως αυτό προτείνεται από το αιτούν δικαστήριο, δεν είναι λειτουργικό.

29. Πρώτον, το προτεινόμενο από το αιτούν δικαστήριο κριτήριο δεν δικαιολογείται από καμιά κανονιστική διάταξη. Πράγματι, η καθιερωθείσα διάκριση μεταξύ της καταστάσεως όπου δεν υφίσταται ίδια οικονομική διαχείριση και της αντίθετης καταστάσεως χωρίς αυτού του τύπου τη διαχείριση δεν έχει γίνει ούτε για τη διασφάλιση της προστασίας των εργαζομένων ούτε με σκοπό να επιτραπεί η πραγματοποίηση της εσωτερικής αγοράς. Καμιά δικαιολόγηση δεν παρέχεται για αυτή τη διαφορετική αντιμετώπιση. Η ανυπαρξία συνδέσμου με κάποιον από τους επιδιωκόμενους από την οδηγία 2001/23 στόχους υπονομεύει την αξιοπιστία του προτεινόμενου κριτηρίου.

35 — Αντιθέτως οι Γερμανοί θεωρητικοί έχουν επισημάνει έναν κίνδυνο αντιφάσεως μεταξύ της αποφάσεως *Abler* κ.λπ. και του κριτηρίου της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως: Adam, R., *Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatsbestandsmerkmal des 613a BGB*, *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2004, αρθ. 16, σ. 909· Willemsen, H. J., και Annuss, G., *Auftragsnachfolge — Jetzt doch ein Betriebsübergang?* *Der Betrieb*, 2004, αρθ. 3, σ. 134.

30. Όμως, δεύτερον, δεν αρκεί να διαπιστωθεί ότι το κριτήριο της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως καταλήγει, σε μερικές περιπτώσεις, στο να περιορίζει το πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2001/23 για να αποκλειστεί το κριτήριο αυτό. Μολονότι, είναι αναμφισβήτητο ότι η εν λόγω οδηγία σκοπεύει, κατά κύριο λόγο, στην προστασία των εργαζομένων, με αυτήν επιδιώκεται επίσης η πραγματοποίηση της εσωτερικής αγοράς, πράγμα άλλωστε που μαρτυρεί η θέσπισή της βάσει του άρθρου 94 ΕΚ. Επομένως, δεν μπορεί να υποστηρίζεται, όπως διατείνονται η Επιτροπή και η Securicor, ότι θα διακυβεύονταν το πνεύμα ή η πρακτική αποτελεσματικότητα της οδηγίας 2001/23 από το απλό γεγονός ότι η οδηγία αυτή δεν εφαρμόζεται επί όλων των καταστάσεων όπου υφίσταται διαδοχή μεταξύ παρεχόντων υπηρεσιών αλλά μόνον επί αυτών που στοιχούν στη μεταβίβαση επιχειρήσεως<sup>36</sup>.

31. Τρίτον, έστω και αν είναι αναντίρρητο ότι η Securicor διαθέτει λιγότερη ευκαμψία όσον αφορά τη χρήση εξοπλισμών ελέγχου απ' όσο μια εκμεταλλεύομενη καντίνα επιχείρηση, προκειμένου περί κουζίνας, εξ αυτού δεν απορρέει ότι μόνο στη δεύτερη περίπτωση έχει γίνει μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού. Όπως επισήμανε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, η διαφορά μεταξύ των δύο καταστάσεων είναι απλώς ποσοτική: και οι δύο επιχειρήσεις διατηρούν ορισμένη ευκαμψία όσον αφορά τον τρόπο οργανώσεως της δραστηριότητάς

τους με τη βοήθεια στοιχείων εκμεταλλεύσεως που έχουν τεθεί στη διάθεσή τους<sup>37</sup>.

32. Εξάλλου, το κριτήριο της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως ενέχει τον κίνδυνο να προκαλέσει, κατά περίπτωση, προβλήματα, των οποίων η λύση δυσχερώς μπορεί να προβλεφθεί όσον αφορά τις επιχειρήσεις, και τούτο σε βάρος της νομικής ασφάλειάς τους. Συναφώς, αρκεί να αναφερθεί η απόφαση του Bundesarbeitsgericht, με ημερομηνία 25 Μαΐου 2000, που είναι συνημμένη στις παρατηρήσεις που κατέθεσε η Γερμανική Κυβέρνηση, για να διαπιστωθεί ότι το κριτήριο αυτό πράγματι απαιτεί λεπτομερή ανάλυση της αυτονομίας που έχει παρασχεθεί από τη σύμβαση παροχής υπηρεσιών στην επιφορτισμένη με την πραγματοποίηση της σχετικής παροχής επιχείρηση. Πάντως, δεδομένου ότι κάθε παρέχων υπηρεσίες τυγχάνει κατ' ανάγκη κάποιος οικονομικής αυτονομίας σε σχέση με τον αναθέτοντα φορέα, το κριτήριο αυτό δεν επιτρέπει να οριοθετηθεί σε ποιες περιπτώσεις έχει γίνει μεταβίβαση ενεργητικού.

33. Τέλος, συμμερίζομαι τη γνώμη της Επιτροπής η οποία θεωρεί ότι το κριτήριο της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως προσδίδει υπερβολική σπουδαιότητα στις συμβατικές διατάξεις που έχουν προβλεφθεί μεταξύ του αναθέτοντος φορέα και του παρέχοντος υπηρεσίες. Κατά συνέπεια, σε περίπτωση που το συμφωνηθέν περιεχόμενο της συμβάσεως θα καθίστατο αποφασιστικής σημασίας για τον χαρακτηρισμό της

37 — Βλ., επίσης, την προπαρατεθείσα απόφαση Hidalgo κ.λπ., σκέψη 27: «Η παρουσία μιας επαρκώς οργανωμένης και αυτοτελούς μονάδας εντός της επιχειρήσεως της αναλαμβάνουσας το έργο δεν επηρεάζεται καταρχήν από το γεγονός, συχνό άλλωστε, ότι η επιχείρηση αυτή υπόκειται στην τήρηση συγκεκριμένων υποχρεώσεων που της επιβάλλει ο αναθέτων οργανισμός. Πράγματι, μολονότι είναι δυνατό η επίδραση που ασκεί ο τελευταίος στην υπηρεσία που του παρέχει ο αντισυμβαλλόμενος να είναι μεγάλη, ωστόσο ο παρέχων την υπηρεσία διατηρεί κανονικά ορισμένη ελευθερία, έστω και μειωμένη, για να οργανώσει και να εκτελέσει την εν λόγω υπηρεσία, χωρίς το έργο του να μπορεί να ερμηνευθεί ως απλή διάθεση του προσωπικού του στον αναθέτοντα οργανισμό.»

36 — Η διάκριση αυτή στοιχεί προς αυτήν που έχει ανωτέρω εκτεθεί μεταξύ της μεταφοράς δραστηριότητας και της μεταφοράς επιχειρήσεως.

ως μεταβιβάσεως επιχειρήσεως, οι αντισυμβαλλόμενοι θα μπορούσαν να καταστρατηγήσουν την εφαρμογή της οδηγίας 2001/23. Αντιθέτως, η λήψη υπόψη των συμβατικών διατάξεων μεταξύ του αναθέτοντος φορέα και του αναδόχου που γίνεται για την εκτέλεση μιας συμβάσεως πρέπει να εντάσσεται πλήρως σε μια αντικειμενική εκτίμηση των διαφόρων περιστάσεων της συγκεκριμένης περιπτώσεως<sup>38</sup>.

34. Σε τελευταία ανάλυση, δεν μπορεί να απορρέει *αυτομάτως* από μία συμβατική διάταξη που προβλέπει την εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα διάθεση στοιχείων ενεργητικού ότι έχει γίνει μεταξύ των δύο παρεχόντων υπηρεσίες μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού. Στην αντίθετη περίπτωση θα προέκυπτε κάποια σύγχυση μεταξύ της διατήρησης της δραστηριότητας και της διατήρησης της επιχειρήσεως<sup>39</sup>. Πράγματι, η απλή εκ μέρους του αναθέτοντος φορέα διάθεση στοιχείων ενεργητικού θα συνεπαγόταν και τη μεταβίβαση επιχειρήσεως μεταξύ των παρεχόντων υπηρεσίες.

35. Ενόψει των θεωρήσεων αυτών, νομίζω ότι το κριτήριο της ίδιας οικονομικής διαχειρίσεως δεν μπορεί να λειτουργήσει διότι, αφενός, δεν επιτρέπει να οριοθετηθούν οι περιπτώσεις όπου τα στοιχεία εκμεταλλεύσεως, καίτοι έχουν διατεθεί από τον αναθέτοντα φορέα, εντάσσονται, στην πραγματικότητα, σε μια χωριστή οικονομική οντότητα και, αφετέρου, απουσιάζει μια στηριζόμενη σε νομικούς κανόνες δικαιολόγηση.

38 — Απόφαση της 18ης Μαρτίου 1986, C-24/85, *Spijkers* (Συλλογή 1986, σ. I-1119, σκέψη 13).

39 — Αυτός είναι ο κίνδυνος που επισημαίνει η προπαρατεθείσα απόφαση *Abler* κ.λπ., στο μέτρο που θα μπορούσε να νοηθεί ότι η ύπαρξη μεταβιβάσεως επιχειρήσεως στηρίζεται στο γεγονός απλώς και μόνον ότι στοιχεία εκμεταλλεύσεως έχουν τεθεί από τον αναθέτοντα φορέα στη διάθεση του παρέχοντος υπηρεσίες. Παρόλα αυτά, δεν αποκλείεται διατεθέντα στοιχεία ενεργητικού να μπορούν να διαβιβαστούν από τον έναν παρέχοντα υπηρεσίες στον άλλον, ιδίως προκειμένου να αποφευχθεί η εκ μέρους των αντισυμβαλλομένων προσιτάθεια αποφυγής εφαρμογής της οδηγίας 2001/23 στη συναλλαγή τους.

36. Υπό το φως της ερμηνείας που αυτές δίδουν στην προπαρατεθείσα υπόθεση *Abler* κ.λπ., η Επιτροπή και η *Securicor* υποστηρίζουν ότι αποφασιστικής σημασίας σημείο είναι το ζήτημα εάν τα διατεθέντα στοιχεία εκμεταλλεύσεως είναι αναγκαία για την εκτέλεση της σχετικής παροχής υπηρεσιών. Παρόλα αυτά, στο εναλλακτικό αυτό κριτήριο αγνοείται η ανυπαρξία επιλογής όσον αφορά τον ανάδοχο, ο οποίος, άπαξ και ανέλαβε την εκτέλεση του σχετικού έργου, δεσμεύεται από τους όρους που προβλέπονται από τη συναφθείσα με τον αναθέτοντα φορέα σύμβαση. Εξάλλου, φαίνεται λογικό να υποτεθεί ότι ο αναθέτων φορέας δεν θα θέσει στη διάθεση του παρέχοντος υπηρεσίες παρά μόνον τα στοιχεία εκμεταλλεύσεως που είναι αναγκαία για την εκτέλεση του ανατεθέντος σ' αυτόν έργου.

37. Εξάλλου, μολονότι το Δικαστήριο σαφώς τόνισε, στην προπαρατεθείσα απόφαση του *Abler* κ.λπ., ότι τα στοιχεία που είχαν τεθεί στη διάθεση του αναδόχου, συγκεκριμένα διάφορα κουζινικά σκεύη, ήταν αναγκαία για την εκτέλεση του σχετικού έργου, συγκεκριμένα της παροχής γευμάτων, από κανένα στοιχείο της αποφάσεως αυτής δεν καταφαίνεται ότι αυτό το χαρακτηριστικό υπήρξε αποφασιστικής σημασίας. Τέλος, το κριτήριο αυτό θα ήταν απρόσφορο για την επίλυση της αντιφάσεως που έχει επισημανθεί μεταξύ των προπαρατεθεισών υποθέσεων *Abler* κ.λπ. και *Temco*, και τούτο για τον λόγο ότι τα διατεθέντα από τον αναθέτοντα φορέα στοιχεία, όσον αφορά την τελευταία υπόθεση, ήταν επίσης αναγκαία για την εκτέλεση της παροχής υπηρεσιών.

38. Μολονότι δεν θεωρώ πειστικά, για τους ανωτέρω αναπτυχθέντες λόγους, ούτε το προταθέν από το αιτούν δικαστήριο κριτή-

ριο ούτε αυτό του οποίου υπεραμύνονται η Επιτροπή και η Securicor, απομένει να διευκρινιστεί το ζήτημα εάν η διάθεση από τον αναθέτοντα φορέα στοιχείων ενεργητικού μπορεί να ασκήσει επιρροή όσον αφορά τον προσδιορισμό μεταβιβάσεως επιχειρήσεως μεταξύ παρεχόντων υπηρεσίες.

39. Στην περίπτωση όπου μεταξύ του αναθέτοντος φορέα και των διαδοχικών παρεχόντων υπηρεσίες συνάπτονται όμοιες συμβάσεις παροχής υπηρεσιών, τα επιμέρους χαρακτηριστικά της μεταβιβάστεας οικονομικής οντότητας είναι εξαιρετικά δύσκολο να εντοπιστούν, εφόσον πολυάριθμα στοιχεία αυτής της οντότητας έχουν συμβατικώς οριστεί. Έτσι, είναι εγγενές στη φύση μιας συναφθείσας στο πλαίσιο εκτέλεσεως έργου συμφωνίας η πελατεία του παρέχοντος υπηρεσίες να παραμένει η ίδια. Ομοίως, από την άποψη των διαδοχικών παρεχόντων υπηρεσίες, τα διατιθέμενα στοιχεία αποτελούν μια σταθερή ποσότητα στην εξίσωση που πρέπει να επιλύσουν για την υποβολή προσφοράς, όπως ακριβώς θα συνέβαινε, π.χ., με τη θέση ή τη φυσική διαμόρφωση του αεροδρομίου του Ντύσελντορφ, στην περίπτωση της Securicor και της Kötter. Πράγματι, τα ίδια στοιχεία εκμεταλλεύσεως που έχουν διατεθεί από τον αναθέτοντα φορέα θα χρησιμοποιηθούν από όλους τους παρέχοντες υπηρεσίες, που στερούνται, εν προκειμένω, περιθωρίου ελιγμών. Με άλλα λόγια, τα διατιθέμενα στοιχεία βρίσκονται εκτός της σφαίρας ελέγχου των διαδοχικών παρεχόντων υπηρεσίες και, κατά συνέπεια, δεν μπορούν να θεωρηθούν ως αποτελούντα μέρος της μεταβιβάστεας οργανωτικής οντότητας.

40. Για αυτό ακριβώς τον λόγο, προκειμένου να προσδιοριστεί η ύπαρξη μεταβιβάσεως επιχειρήσεως όσον αφορά την υπό κρίση

υπόθεση, πρέπει, κατά την εφαρμογή των κριτηρίων που έχουν εφαρμοστεί με την απόφαση Srijkers<sup>40</sup>, να επικεντρωθεί η ανάλυση επί των στοιχείων της οικονομικής οντότητας που ανήκουν στον παρέχοντα υπηρεσίες. Μόνον κατ' αυτόν τον τρόπο μπορεί να διασφαλιστεί ότι η μεταβίβαση αφορά μια αυτόνομη οικονομική οντότητα, σύμφωνα με το γράμμα και τον σκοπό του άρθρου 1 της οδηγίας 2001/23. Στο μέτρο που αυτή στηρίζεται αποκλειστικώς στο ζήτημα της ίδιας οικονομικής διαχείρισεως, πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση στο πρώτο ερώτημα του εθνικού δικαστηρίου. Κατά συνέπεια, η απάντηση στο δεύτερο ερώτημα θα είναι επίσης αρνητική.

41. Στις εκκρεμούσες ενώπιον του Arbeitsgericht Düsseldorf υποθέσεις, δεδομένου ότι τα αναγκαία για την άσκηση των δραστηριοτήτων ελέγχου που ανατέθηκαν στη Securicor και, στη συνέχεια, στη Kötter στοιχεία εκμεταλλεύσεως παρασχέθηκαν από την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, η ύπαρξη μεταβιβάσεως επιχειρήσεως μεταξύ αυτών των δύο παρεχόντων υπηρεσίες θα πρέπει να διαπιστωθεί με βάση στοιχεία διαφορετικά από αυτά που έχουν τεθεί στη διάθεσή τους.

42. Όπως έχει παρατηρήσει και η Γερμανική Κυβέρνηση στις γραπτές παρατηρήσεις της, τα ερωτήματα του εθνικού δικαστηρίου αφορούν μόνο ένα από τα στοιχεία που είναι χρήσιμα για την εκτίμηση της μεταβί-

40 — Προπαρατεθείσα απόφαση, σκέψη 13: «πρέπει να συνεκτιμηθούν όλες οι πραγματικές περιστάσεις που χαρακτηρίζουν την υπό κρίση συναλλαγή, μεταξύ των οποίων συγκαταλέγονται ιδίως ο τύπος της επιχειρήσεως ή της εγκαταστάσεως για την οποία πρόκειται, η μεταβίβαση ή μη των υλικών στοιχείων, όπως τα κτίρια και τα κινητά, η αξία των άυλων στοιχείων κατά τον χρόνο της μεταβιβάσεως, η ανάληψη ή μη του κύριου μέρους του εργατικού δυναμικού από τον νέο επιχειρηματία, η μεταβίβαση ή μη της πελατείας καθώς και ο βαθμός ομοιότητας των δραστηριοτήτων που ασκούνται πριν και μετά τη μεταβίβαση και η διάρκεια της ενδεχόμενης αναστολής των δραστηριοτήτων αυτών».

βάσεως. Πάντως, από την προταθείσα απόφαση απορρέει ότι το στοιχείο αυτό, η μεταβίβαση στοιχείων εκμεταλλεύσεως που έχουν τεθεί στη διάθεση του μεταβιβάζοντος, δεν πρέπει να είναι καθοριστικό. Ενόψει των στοιχείων της δικογραφίας και προκειμένου να δοθεί λυσιτελής για την επίλυση της υποθέσεως αυτής απάντηση στο αιτούν δικαστήριο, πρέπει, όπως είναι επόμενο, να ληφθούν υπόψη οι συνέπειες, υπό τις προκειμένες περιστάσεις, της προταθείσας αναλύσεως.

#### IV — Οι συνέπειες της προταθείσας όσον αφορά την υπό κρίση υπόθεση αναλύσεως

43. Πριν προβώ σε εμπεριστατωμένη εξέταση των λεπτομερειών της υπό κρίση υποθέσεως, θεωρώ αναγκαίο να υπομνήσω τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες μπορεί να γίνει μια μεταβίβαση επιχειρήσεως, σε περίπτωση που δεν υφίσταται μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού.

44. Στην προπαρατεθείσα υπόθεση Redmond Stichting, ένα από τα προδικαστικά ερωτήματα αφορούσε τις συνέπειες της ανυπαρξίας μεταβιβάσεως κινητών. Το Δικαστήριο σημείωσε ότι αυτή η ανυπαρξία «δεν φαίνεται να μπορεί να εμποδίσει από μόνη της τη δυνατότητα εφαρμογής της οδηγίας», αναθέτοντας ταυτόχρονα στο εθνικό δικαστήριο τη μέριμνα της συμπεριλήψεως του στοιχείου αυτού στη συνολική εκτίμηση.

45. Παρόλα αυτά, στην προπαρατεθείσα απόφαση Liikenne, το Δικαστήριο, αφού διαπίστωσε την ανυπαρξία μεταβιβάσεως στοιχείων μεταξύ των δύο λεωφορειακών

εταιριών, απέκλεισε την εφαρμογή της οδηγίας 2001/23, και τούτο μολονότι ένα μέρος του προσωπικού είχε μεταφερθεί από τη μια επιχείρηση στην άλλη.

46. Αυτές οι φαινομενικώς αντιφατικές αποφάσεις μαρτυρούν τη σημασία του προηγούμενου προσδιορισμού της φύσεως της δραστηριότητας την οποία αφορά τυχόν μεταβίβαση. Πράγματι, τα στοιχεία που ασκούν επιρροή για τη διαπίστωση της υπάρξεως μεταβιβάσεως επιχειρήσεως εξαρτώνται από τον τύπο της ασκούμενης από την οικονομική οντότητα δραστηριότητας<sup>41</sup>.

47. Το κριτήριο αυτό θεσπίστηκε από το Δικαστήριο σε σχέση με δραστηριότητες που έγκεινται, κατ' ουσίαν, στο εργατικό δυναμικό και στις αρμοδιότητές του, πράγμα που οδήγησε το εν λόγω δικαιοδοτικό όργανο στο συμπέρασμα ότι «ένα σύνολο εργαζομένων τους οποίους ενώνει σταθερά μια κοινή δραστηριότητα μπορεί να αντιστοιχεί σε οικονομική μονάδα»<sup>42</sup>. Εξ αυτού απορρέει ότι, όσον αφορά μια τέτοιου τύπου δραστηριότητα «επιβάλλεται να γίνει δεκτό ότι μια τέτοια μονάδα μπορεί να διατηρεί την ταυτότητά της και πέραν της μεταβιβάσεώς της, όταν ο νέος επικεφαλής της επιχειρήσεως δεν αρκείται στη συνέχιση της εν λόγω δραστηριότητας, αλλά αναπροσλαμβάνει επίσης σημαντικό τμήμα, από άποψη αριθμού και ικανοτήτων, του προσωπικού στο οποίο ο προκάτοχός του ανέθετε ειδικά το έργο αυτό»<sup>43</sup>.

41 — Προπαρατεθείσες αποφάσεις Sützen, σκέψη 18· Hernandez Vidal κ.λπ., σκέψη 31· Hidalgo κ.λπ., σκέψη 31· Liikenne, σκέψη 35· Ablet κ.λπ., σκέψη 35.

42 — Η προπαρατεθείσα απόφαση Sützen, σκέψη 21. Η εκ μέρους του Δικαστηρίου εισαγωγή της διακρίσεως αυτής σκοπεί στο να παρεμποδίζεται να καθίσταται μικρότερη η προσπάθεια που παρέχεται στους εργαζομένους εάν αυτοί απασχολούνται σε τομέα όπου το εργατικό δυναμικό αποτελεί το ουσιώδες στοιχείο.

43 — Όπ.π.

48. Αντιθέτως, σε περίπτωση που η σχετική δραστηριότητα δεν στηρίζεται, κατ' ουσίαν, σε εργατικά χέρια και στις εντολές που τους έχουν δοθεί, η ύπαρξη μεταβιβάσεως επιχειρήσεως εξαρτάται, κατ' ουσίαν, από τη διαπίστωση εάν μεταξύ των επιχειρήσεων έλαβε χώρα μεταβίβαση στοιχείων ενεργητικού<sup>44</sup>.

49. Από τη νομολογία αυτή προκύπτει ότι, προκειμένου να διαπιστωθεί εάν έχει πραγματοποιηθεί μεταβίβαση επιχειρήσεως, πρέπει προηγουμένως να χαρακτηριστεί ο τύπος της σχετικής δραστηριότητας. Η φύλαξη αποθήκης υγειονομικού υλικού της Bundeswehr (ομοσπονδιακός στρατός) χαρακτηρίστηκε ως δραστηριότητα στηριζόμενη κυρίως σε εργατικά χέρια και στις εντολές που τους έχουν δοθεί<sup>45</sup>. Εν προκειμένω, όπως επισημαίνει η Securicor στις γραπτές παρατηρήσεις της, σε αντίθεση με την απλή δραστηριότητα φυλάξεως, η δραστηριότητα ελέγχου εντός ενός αεροδρομίου απαιτεί την ύπαρξη ειδικών και προηγμένης τεχνολογίας εξοπλισμών ελέγχου. Όμως, αντίθετα προς ότι αφήνει να νοηθεί η Securicor, η υποχρέωση αποτελέσματος που επιβάλλεται σε μια επιφορτισμένη με τον έλεγχο της ασφάλειας ενός αεροδρομίου επιχείρηση δεν φαίνεται να ασκεί επιρροή όσον αφορά τη διάκριση της εν λόγω δραστηριότητας από τη δραστηριότητα φυλάξεως, εφόσον δεν επηρεάζει την οργάνωση της οικείας οικονομικής οντότητας.

44 — Ενδεικτικώς, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι «η μεταφορά με λεωφορείο δεν μπορεί να θεωρηθεί ως δραστηριότητα στηριζόμενη κυρίως στο εργατικό δυναμικό, στο μέτρο που απαιτεί σημαντικό εξοπλισμό και εγκαταστάσεις» (η προπαρατεθείσα απόφαση Liikenne, σκέψη 39). Κατά συνέπεια, «η μη μεταβίβαση από την παλαιά στη νέα επιχείρηση μεγάλου μέρους τέτοιων στοιχείων, απαραίτητων για την εύρυθμη λειτουργία της μονάδας, επιτρέπει να συναχθεί ότι η μονάδα αυτή δεν διατηρεί την ταυτότητά της» (η προπαρατεθείσα απόφαση Liikenne, σκέψη 42). Έτσι, δεν υφίστατο μεταβίβαση επιχειρήσεως μεταξύ δύο εταιριών μεταφορών με λεωφορείο εφόσον η δεύτερη δεν είχε αναλάβει τα οχήματα της πρώτης.

45 — Προπαρατεθείσα απόφαση Hidalgo κ.λπ., σκέψη 26.

50. Μολονότι η ανάλυση της δέουσας σπουδαιότητας που πρέπει να δοθεί στα διάφορα κριτήρια της υπάρξεως μεταβιβάσεως κατά την έννοια της οδηγίας 2001/23 εναπόκειται, σε τελευταία ανάλυση, στο αιτούν δικαστήριο, από τη δικογραφία φαίνεται να προκύπτει ότι τα ειδικά στοιχεία ενεργητικού που έχουν διατεθεί από τον αναθέτοντα φορέα και το εξειδικευμένο προσωπικό αποτελούν την οικονομική οντότητα της οποίας η δραστηριότητα συνίσταται στον έλεγχο των αποσκευών και των επιβατών εντός ενός αεροδρομίου.

51. Όμως, εφόσον οι ειδικοί εξοπλισμοί ελέγχου έχουν, εν πάση περιπτώσει, τεθεί στη διάθεση των διαδοχικών παρεχόντων υπηρεσίες από τον αναθέσαντα φορέα, πρέπει να εξεταστεί το ζήτημα εάν η ανάληψη του προσωπικού μεταξύ Securicor και Kötter αφορά ουσιώδες μέρος, σε αριθμό και αρμοδιότητες, του προσωπικού που εργάζεται για την εκτέλεση του έργου<sup>46</sup>.

52. Φαίνεται, εκ πρώτης όψεως, παράδοξο να εξαρτάται το συμπέρασμα σχετικά με την ύπαρξη μεταβιβάσεως επιχειρήσεως από την παράδοση του προσωπικού και των αρμοδιοτήτων του από τον έναν εργοδότη στον άλλο, ενώ κάτι τέτοιο είναι καταρχήν η συνέπεια που απορρέει από τη διαπίστωση

46 — Το κριτήριο αυτό συνάγεται από την προπαρατεθείσα απόφαση Süzen και έχει επαναληφθεί στην προπαρατεθείσα απόφαση Temco, σκέψη 33.

53. ότι έχει γίνει μεταβίβαση επιχειρήσεως<sup>47</sup>. Ωστόσο, το κριτήριο αυτό αποτελεί αναπόσπαστο στοιχείο της σφαιρικής αναλύσεως των περιστάσεων. Καθίσταται σημαντικό μόνο στην περίπτωση ανυπαρξίας μεταβίβασης στοιχείων ενεργητικού, όταν είναι ανάγκη να εντοπιστούν άλλα στοιχεία δυνάμενα να αποτελέσουν μεταβιβάστεια οντότητα. Εξάλλου, το στοιχείο αυτό δεν συνδέεται στενά με τη μεταβίβαση, αυτή καθαυτή, του προσωπικού αλλά μάλλον με τη μεταβίβαση των ειδικών αρμοδιοτήτων του τελευταίου, θεωρουμένων ως αποτελούσων οργανωμένη οντότητα. Στόχος είναι να εμποδιστούν τα συμβαλλόμενα στη μεταβίβαση μέρη να μπορέσουν να αποφύγουν την εφαρμογή της οδηγίας 2001/23.

54. Εξάλλου, μολοντί ο χαρακτηρισμός μιας μεταβίβασης επιχειρήσεως, κατά την έννοια του άρθρου 1 της οδηγίας 2001/23, σαφώς έχει ως συνέπεια το ότι ο εργοδότης της μεταβιβασθείσας οντότητας υποχρεούται να διατηρήσει τις συμβάσεις εργασίας<sup>48</sup>, τίποτα ωστόσο δεν τον εμποδίζει να προβεί σε αναδιοργανώσεις, πράγμα που συνεπάγεται, ενδεχομένως, απολύσεις, υπό την επιφύλαξη ότι οι τελευταίες δεν συνδέονται ευθέως με τη μεταβίβαση επιχειρήσεως<sup>49</sup>.

55. Τέλος, το επιχείρημα της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας, κατά το οποίο η διατήρηση σε ισχύ των συμβάσεων έχει ιδιαίτερες συνέπειες στη Γερμανία λόγω της ακαμψίας του ισχύοντος εργατικού δικαίου, ουδεμία ασκεί εν προκειμένω επιρροή. Πράγματι, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι ένα κράτος μέλος δεν μπορεί να επικαλεστεί το εθνικό του δίκαιο για να αποφύγει την εφαρμογή κοινοτικής οδηγίας.

56. Δεν αμφισβητείται ότι η Kötter κράτησε 167 από τους 295 μισθωτούς που εργαζόταν προηγουμένως στη Securicor και απασχολούνταν σε δραστηριότητες ελέγχου επιβατών και αποσκευών στο αεροδρόμιο του Ντύσσελντορφ για λογαριασμό της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας. Στους εργαζομένους αυτούς δόθηκε ειδική επιμόρφωση προκειμένου να μπορούν να εκτελούν τα καθήκοντα ελέγχου που τους είχαν ανατεθεί.

47 — Βλ., π.χ., σημείο 80 των προτάσεων του γενικού εισαγγελέα Κοσμά στην προπαρατεθείσα υπόθεση Hernandez Vidal κ.λπ. Οι θεωρητικοί επισημάνουν επίσης το παράδοξο: *Davies Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again* 1997, 26 ILJ 193. Engels, C., και Salas, L., «Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?», *Labour Law and Industrial Relations at the turn of the century*, 1998, σ. 275, και Garde, A., *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 *CMLRev.*, 2002, σ. 523. Ο Gomes, J., στην *Revisedediteitoedestudossociais*, 2004, σ. 213, παραθέτει πειστικό αντίχειρημα σ' αυτή τη γραμμή συλλογιστικής στα σχόλια του επί της προπαρατεθείσας υποθέσεως *Abler* κ.λπ. Υπογραμμίζει ότι οι αποτελούσες σε συμβαλλόμενα μέρη στη συναλλαγή επιχειρήσεις έχουν κατ' ανάγκη την εξουσία να αποφασίζουν σχετικά με ποια στοιχεία ενεργητικού έχει σχέση η συναλλαγή τους.

48 — Άρθρο 3 της οδηγίας 2001/23.

49 — Άρθρο 4 της οδηγίας 2001/23. Βλ. επίσης Hunt, J., *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, σ. 336.

56. Έτσι, δεν μπορεί να αποκλειστεί το γεγονός ότι η Kötter ανέλαβε το ουσιαδές μέρος των αρμοδιοτήτων του προσωπικού του προκατόχου της. Εφόσον κάτι τέτοιο συνέβη, και υπό την επιφύλαξη της εξετάσεως από το εθνικό δικαστήριο του συνόλου των ασκουσών επιρροή περιστάσεων, αρκετά είναι τα στοιχεία που φαίνεται να συνηγορούν υπέρ του συμπεράσματος ότι μεταξύ Securicor και Kötter έλαβε χώρα μεταβίβαση επιχειρήσεως, κατά την έννοια της οδηγίας 2001/23.

## V — Πρόταση

57. Επομένως, ενόψει όλων των ανωτέρω θεωρήσεων, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα υποβληθέντα από το Arbeitsgericht Düsseldorf προδικαστικά ερωτήματα ως εξής:

«Σε περίπτωση νέας αναθέσεως εκτέλεσεως ενός έργου, ελλείψει μεταβιβάσεως στοιχείων ενεργητικού από έναν παρέχοντα υπηρεσίες σε άλλον, όταν ο αναθέτων φορέας θέτει στη διάθεση των διαδοχικών αναδόχων τα στοιχεία εκμεταλλεύσεως που είναι αναγκαία για την εκτέλεση του έργου, το εάν υφίσταται μεταβίβαση επιχειρήσεως από τον ένα παρέχοντα υπηρεσίες στον άλλον, κατά την έννοια του άρθρου 1 της οδηγίας 2001/23/ΕΚ του Συμβουλίου, της 12ης Μαρτίου 2001, περί προσεγγίσεως των νομοθεσιών των κρατών μελών, σχετικά με τη διατήρηση των δικαιωμάτων των εργαζομένων σε περίπτωση μεταβιβάσεων επιχειρήσεων, εγκαταστάσεων ή τμημάτων εγκαταστάσεων ή επιχειρήσεων, δεν εξαρτάται από την προϋπόθεση ότι τα στοιχεία αυτά έχουν παραχωρηθεί με σκοπό την ίδια, εκ μέρους του παρέχοντος υπηρεσίες, οικονομική διαχείριση, αλλά τούτο πρέπει να εκτιμηθεί με βάση στοιχεία άλλα, εκτός αυτής της διαθέσεως, που ευθέως αφορούν τον παρέχοντα υπηρεσίες, όπως η μεταβίβαση ουσιαστούς μέρους των αρμοδιοτήτων του προσωπικού.»