



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
YVES BOT
föredraget den 11 juni 2015¹

Mål C-160/14

**João Filipe Ferreira da Silva e Brito m.fl.
mot
Estado português**

(begäran om förhandsavgörande från Varas Cíveis de Lisboa (Portugal))

”Tillnärmning av lagstiftning — Överlåtelse av företag — Skydd för arbetstagares rättigheter — Skyldighet att begära förhandsavgörande — Överträdelse av de unionsrättsliga bestämmelserna som kan tillskrivas en nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning — Nationell lagstiftning enligt vilken det krävs att det skadevållande avgörandet har upphävts för att en rätt till skadestånd för skada som uppkommit till följd av en sådan överträdelse ska kunna göras gällande”

1. Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.1 i rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter² och av artikel 267 tredje stycket FEUF och EU-domstolens praxis avseende medlemsstaternas ansvar för överträdelser av unionsrätten.

2. De frågor som har ställts av Varas Cíveis de Lisboa (Portugal) har framställts inom ramen för en skadeståndstalan som J. F. Ferreira da Silva e Brito och andra käranden väckt mot Estado português som grundas på ett påstående om en överträdelse av unionsrätten som kan tillskrivas Supremo Tribunal de Justiça.

3. Prövningen av den första frågan föranleder mig att mot bakgrund av omständigheterna i målet vid den nationella domstolen tolka begreppet överlåtelse av verksamhet i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet. Tvärtemot den lösning som valts av Supremo Tribunal de Justiça anser jag att denna bestämmelse ska tolkas på så sätt att begreppet överlåtelse av företag omfattar en situation där ett företag som är verksamt på charterflygmarknaden avvecklas genom beslut av dess majoritetsägare, som i sin tur är ett företag som är verksamt i flygbranschen, och där moderföretaget i samband med avvecklingen

- övertar det avvecklade företagets ställning i avtalen om hyra av flygplan och i de gällande avtalen om charterflygningar som ingåtts med researrangörer,
- bedriver den verksamhet som det avvecklade företaget tidigare bedrev,

¹ — Originalspråk: franska.

² — EGT L 82, s. 16, nedan kallat direktivet.

- återanställer vissa av de arbetstagare som tidigare varit anställda vid det avvecklade företaget och låter dem utföra samma arbetsuppgifter,
- tar emot mindre utrustning från det avvecklade företaget.

4. Det ska därefter inom ramen för prövningen av den andra frågan anges varför artikel 267 tredje stycket FEUF ska tolkas på så sätt att en nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, såsom Supremo Tribunal de Justiça, under sådana omständigheter som i det nationella målet var skyldig att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

5. Inom ramen för bedömningen av den tredje frågan kommer jag att förklara varför unionsrätten, och särskilt den rättspraxis som följer av domen i målet Köbler,³ under sådana omständigheter som i det nationella målet, ska tolkas på så sätt att den utgör hinder mot en nationell ordning för medlemsstaternas ansvar enligt vilken en rätt till skadestånd endast kan göras gällande om det skadevållande avgörandet har upphävts.

I – Tillämpliga bestämmelser

A – Unionsrätt

6. Genom direktivet kodifierades rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter,⁴ i dess lydelse enligt rådets direktiv 98/50/EG av den 29 juni 1998.⁵

7. I skäl 8 i direktivet anges följande:

”Hänsyn till rättssäkerhet och insyn krävde att det rättsliga begreppet överlåtelse klargjordes mot bakgrund av EG-domstolens rättspraxis. Det klargörandet ändrade inte direktivets räckvidd, såsom denna hade uttolkats av domstolen.”

8. I artikel 1 a och b i direktivet föreskrivs följande:

- a) Detta direktiv skall tillämpas vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion.
- b) Med förbehåll för vad som sägs under a och i nedan följande bestämmelser i denna artikel, skall med överlåtelse enligt detta direktiv förstås överlåtelse av en ekonomisk enhet, som behåller sin identitet och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet.”

9. I artikel 3.1 första stycket i direktivet föreskrivs följande:

”Överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen skall till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren.”

3 — Mål 224/01, EU:C:2003:513.

4 — EGT L 61, s. 26; svensk specialutgåva, område 5, volym 2, s. 91.

5 — EGT L 201, s. 88.

B – Portugisisk rätt

10. I artikel 13 i bilagan till lag 67/2007 av den 31 december 2007 om bestämmelser rörande statens och andra offentliga organs civilrättsliga utomobligatoriska skadeståndsansvar⁶ (Lei que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontractual do Estado e Demais Entidades Públicas)⁷, i dess lydelse enligt lag nr 31/2008 av den 17 juli 2008,⁸ föreskrivs följande:

”1. Staten ska utan att det påverkar sådana situationer där en brottmålsdom eller ett frihetsberörande är oberättigat ha skadeståndsansvar för domstolsavgöranden som är uppenbart författningsstridiga eller rättsstridiga eller omotiverade på grund av en uppenbart felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna.

2. Ett skadeståndsyrkande ska grunda sig på ett föregående upphävande av det skadevällande avgörandet av den behöriga domstolen.”

II – Bakgrund till det nationella målet och tolkningsfrågorna

11. Den 19 februari 1993 avvecklades Air Atlantis SA (nedan kallat AIA), som hade bildats 1985, och tillhandahöll icke-reguljära lufttransporttjänster (charterflygningar). Kärandena i målet vid den nationella domstolen blev i detta sammanhang kollektivt uppsagda.

12. Den 1 maj 1993 började företaget Transportes Aéreos Portugueses (nedan kallat TAP) som var den största aktieägaren i AIA att utföra en del av de charterflygningar som AIA hade åtagit sig att utföra för perioden mellan den 1 maj 1993 och den 31 oktober 1993. TAP utförde även ett antal charterflygningar, vilket TAP inte hade gjort förut, eftersom det var rutter som tidigare hade trafikerats av AIA. För detta ändamål använde TAP delar av den utrustning som AIA hade använt i sin verksamhet, framför allt fyra flygplan. TAP betalade även avgifterna enligt de leasingavtal som ingåtts i detta syfte och övertog den kontorsutrustning som AIA hade använt i sina lokaler i Lissabon (Portugal) och Faro (Portugal), samt andra tillgångar. Dessutom anställde TAP vissa av de arbetstagare som tidigare hade varit anställda vid AIA.

13. Kärandena i målet vid den nationella domstolen väckte till följd därav en talan mot den kollektiva uppsägningen vid tribunal de trabalho de Lisboa (arbetsdomstolen i Lissabon, Portugal) och yrkade att de skulle återanställas av TAP samt erhålla ersättning.

14. Tribunal do Trabalho de Lisboa meddelade dom den 6 februari 2007 och biföll där delvis talan mot den kollektiva uppsägningen, och förordnade att kärandena i målet vid den nationella domstolen skulle återanställas i respektive kategori samt erhålla skadestånd. Tribunal do Trabalho de Lisboa anförde till stöd för sin dom att det hade skett en överlåtelse av en verksamhet i förevarande fall, åtminstone delvis, eftersom verksamhetens identitet består och verksamheten bedrivs vidare, vilket innebär att TAP har övertagit den tidigare arbetsgivarens ställning i anställningsavtalen.

15. Denna dom överklagades till Tribunal da Relação de Lisboa (appellationsdomstolen i Lissabon), vilken genom dom av den 16 januari 2008 upphävde den dom som meddelats i första instans avseende den del där rätten i första instans hade förordnat om att TAP skulle återanställa kärandena i målet vid den nationella domstolen och betala skadestånd. Som skäl för detta angav Tribunal da Relação de Lisboa att det hade styrkts att fristen för att bestrida den kollektiva uppsägningen hade löpt ut och att det inte hade skett någon överföring av verksamhet eller delar därav mellan AIA och TAP.

6 — Nedan kallad RRCEE

7 — *Diário da República*, 1^{re} série, no 251, av den 31 december 2007, nedan kallad lag genom vilken RRCEE antogs.

8 — *Diário da República*, 1^{re} série, no 137, av den 17 juli 2008.

16. Kärandena i målet vid den nationella domstolen överklagade domen till Supremo Tribunal de Justiça, som genom dom av den 25 februari 2009 slog fast att den kollektiva uppsägningen inte i något avseende var rättsstridig. Nämnda domstol anslöt sig till Tribunal da Relação de Lisboa argumentation och slog fast att det för att det ska anses ha skett en överlåtelse av en verksamhet inte räcker att en ekonomisk verksamhet "bara fortsätter", eftersom det även är nödvändigt att verksamhetens identitet bibehålls. När TAP i förevarande fall utförde flygningarna under sommaren 1993 använde sig företaget inte av en "enhet" med samma identitet som den "enhet" som tidigare hade tillhört AIA, utan av sitt eget instrument för att operera på marknaden i fråga, nämligen det egna företaget. Eftersom de två "enheterna" inte var identiska kan det enligt Supremo Tribunal de Justiça inte ha skett en överlåtelse av verksamhet.

17. I fråga om unionsrätten påpekade Supremo Tribunal de Justiça att EU-domstolen när den uttalat sig om situationer där företag fortsätter att driva verksamhet som tidigare har bedrivits av någon annan, har slagit fast att "enbart den omständigheten" inte innebär att slutsatsen kan dras att det har skett en överlåtelse av en ekonomisk enhet, eftersom "en enhet [inte] kan ... reduceras till att innebära den verksamhet som den bedriver".⁹

18. Några av kärandena i målet vid den nationella domstolen har yrkat att Supremo Tribunal de Justiça ska begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen, vilken har slagit fast att "en domstol i en medlemsstat, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ... bara [är] skyldig att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen om den anser att det är nödvändigt att beakta [unionsrätten] för att avgöra den aktuella tvisten och om det har uppkommit en fråga om tolkningen av denna rätt".

19. Supremo Tribunal de Justiça har även anfört att "EU-domstolen själv har slagit fast att den korrekta tolkningen av ... [unionsrätten] kan vara så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan skall avgöras, vilket även utesluter en begäran om förhandsavgörande. Mot bakgrund av innehållet i de ... unionsrättsliga bestämmelser som [sökandena i det nationella målet] har hänvisat till, ... domstolens tolkning av dem och omständigheterna i ... mål[et], vilka prövats ..., föreligger det inga relevanta tvivel beträffande tolkningen som föranleder en begäran om förhandsavgörande. ..."

20. Supremo Tribunal de Justiça påpekade för övrigt att det "föreligger ... en fast praxis vid EU-domstolen rörande tolkningen av ... [de unionsrättsliga bestämmelserna] om 'överlåtelse av en verksamhet'. Det är till och med så, att ... direktivet ... avspeglar en konsolidering av de begrepp som det innehåller till följd av denna rättspraxis. Dessa begrepp har nu formulerats med sådan klarhet i tolkningen i rättspraxis (gemenskapens och även nationell praxis) att det i förevarande fall inte behöver hänskjutas någon fråga till EU-domstolen innan målet avgörs."

21. Kärandena i målet vid den nationella domstolen har således väckt talan om civilrättsligt utomobligatoriskt skadeståndsansvar mot Estado português med yrkande om att sistnämnda ska förpliktas att ersätta vissa ekonomiska skador som vållats. Kärandena har till stöd för sin talan gjort gällande att den dom som Supremo Tribunal de Justiça meddelat är uppenbart rättsstridig, eftersom Supremo Tribunal de Justiça där har gjort en felaktig tolkning av begreppet överlåtelse av en verksamhet i den mening som avses i direktivet, samt åsidosatt sin skyldighet att ställa relevanta tolkningsfrågor rörande unionsrätten till Europeiska unionens domstol.

22. Estado português har gjort gällande att ett skadeståndsyckande enligt artikel 13.2 bilagan till den lag genom vilken RRCEE antogs ska grunda sig på ett föregående upphävande av det skadevållande avgörandet av den behöriga domstolen. Eftersom det avgörande som Supremo Tribunal de Justiça meddelat inte hade upphävts, ska det begärda skadeståndet inte utgå.

9 — Supremo Tribunal de Justiça har i detta avseende hänvisat till punkt 15 i domen Süzen (C-13/95, EU:C:1997:141).

23. Den hänskjutande domstolen har anfört att det ska avgöras om det är uppenbart att den dom som Supremo Tribunal de Justiça meddelade är uppenbart rättsstridig i den del som den innehåller en felaktig tolkning av begreppet överlåtelse av en verksamhet, mot bakgrund av direktivet och med beaktande av de faktiska omständigheter som domstolen hade kännedom om. Det är dessutom nödvändigt att avgöra huruvida Supremo Tribunal de Justiça var skyldig att begära ett förhandsavgörande i enlighet med yrkandena.

24. Varas Cíveis de Lisboa beslutade under dessa omständigheter att vilandeförklara målet och att ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

- ”1. Ska ... direktiv[et] ... och i synnerhet artikel 1.1 i direktivet, tolkas så att begreppet överlåtelse av en verksamhet omfattar en situation där ett företag som är verksamt på charterflygmarknaden avvecklas genom beslut av dess majoritetsägare, som i sin tur är ett företag som är verksamt i flygbranschen, och där moderföretaget i samband med likvidationen
- övertar det avvecklade företagets ställning i avtalen om hyra av flygplan och i de gällande avtalen om charterflygningar som ingåtts med researrangörer,
 - bedriver den verksamhet som det avvecklade företaget tidigare bedrev,
 - återanställer vissa av de arbetstagare som tidigare varit anställda vid det avvecklade företaget och låter dem utföra samma arbetsuppgifter,
 - tar emot mindre utrustning från det avvecklade företaget?
- 2) Ska artikel 267 FEUF ... tolkas så att Supremo Tribunal de Justiça, mot bakgrund av de faktiska omständigheter som redovisats i den ... [första] frågan och den omständigheten att de lägre nationella domstolsinstanserna som prövat målet hade meddelat motstridiga avgöranden, var skyldig att begära ett förhandsavgörande från ... EU-domstol[en] om tolkningen av begreppet överlåtelse av en verksamhet i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv[et] ...?
- 3) Utgör unionsrätten och i synnerhet de principer som ... EU-domstol[en] slog fast i domen i målet Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513) rörande statens ansvar för skador som vållats enskilda på grund av att en nationell domstol som dömer i sista instans har åsidosatt unionsrätten, hinder för att tillämpa en nationell bestämmelse enligt vilken det krävs att det skadevållande avgörandet har upphävts för att en skadeståndstalan mot staten ska kunna väckas?”

III – Min bedömning

A – Den första frågan

25. Den hänskjutande domstolen önskar genom den första frågan få klarhet i huruvida en situation där ett företag som är verksamt på charterflygmarknaden avvecklas genom beslut av dess majoritetsägare, som i sin tur är ett företag som är verksamt i flygbranschen, och där förstnämnda i samband med avvecklingen

- övertar det avvecklade företagets ställning i avtalen om hyra av flygplan och i de gällande avtalen om charterflygningar som ingåtts med researrangörer,
- bedriver den verksamhet som det avvecklade företaget tidigare bedrev,

- återanställer vissa av de arbetstagare som tidigare varit anställda vid det avvecklade företaget och låter dem utföra samma arbetsuppgifter,
- tar emot mindre utrustning från det avvecklade företaget

kan utgöra en "överlåtelse av en verksamhet" i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet.

26. Såsom framgår av skäl 3 och artikel 3 i direktivet syftar detta till att skydda arbetstagare genom att säkerställa att deras rättigheter skyddas vid överlåtelse av företag.¹⁰ I artikel 3.1 första stycket i direktivet föreskrivs att överlåtarens rättigheter och skyldigheter på grund av ett anställningsavtal eller ett anställningsförhållande som gäller vid tidpunkten för överlåtelsen ska till följd av en sådan överlåtelse övergå på förvärvaren. Artikel 4.1 i direktivet skyddar arbetstagarna mot varje uppsägning från överlåtarens eller förvärvarens sida som sker enbart på grundval av överlåtelsen.

27. Enligt artikel 1.1 a i direktivet ska detta tillämpas vid överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av ett företag eller en verksamhet till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion. EU-domstolen har tolkat begreppet lagenlig överlåtelse extensivt i linje med syftet med direktivet som är att skydda arbetstagarna vid överlåtelse av det företag de arbetar för.¹¹ Domstolen har således funnit att direktivet är tillämpligt i samtliga fall när det som ett led i ett avtalsförhållande sker ett byte av den fysiska eller juridiska person som är ansvarig för verksamhetens drift och som tar på sig en arbetsgivares skyldigheter gentemot företagets anställda.¹²

28. EU-domstolen har redan slagit fast att direktiv 77/187 var tillämpligt på överlåtelser mellan bolag i samma koncern.¹³

29. EU-domstolen har för övrigt preciserat de förutsättningar under vilka direktiv 77/187 är tillämpligt vid överlåtelser av företag i tvångslikvidation eller i frivillig likvidation. EU-domstolen slog i domen Abels¹⁴ visserligen fast att direktivet inte är tillämpligt på en överlåtelse av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet inom ramen för ett konkursförfarande,¹⁵ men slog i domen Dethier Équipement¹⁶ fast att direktivet är tillämpligt på en överlåtelse av ett företag i tvångslikvidation när företaget fortsätter driften.¹⁷ I domen Europièces¹⁸ drog EU-domstolen samma slutsats i fråga om ett övertaget företag som försatts i frivillig likvidation.¹⁹

30. Det framgår såväl av den extensiva tolkning som ska göras av begreppet lagenlig överlåtelse som av EU-domstolens praxis som särskilt avser en situation där den övertagna enheten likviderats att AIA:s likvidation kan utgöra en "överlåtelse av en verksamhet" i den mening som avses i artikel 1.1 a i direktivet.

31. Överlåtelsen ska emellertid även uppfylla de villkor som fastställs i artikel 1.1 b i direktivet, den ska nämligen avse en ekonomisk enhet, varmed förstås "en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet" som behåller sin "identitet" efter överlåtelsen.

10 — Se till exempel beslut Gimnasio Deportivo San Andrés (C-688/13, EU:C:2015:46, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

11 — Se till exempel dom Jouini m.fl. (C-458/05, EU:C:2007:512, punkt 24 och där angiven rättspraxis).

12 — Se till exempel domen Amatori m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, punkt 29 och där angiven rättspraxis).

13 — Se till exempel domen Allen m.fl. (C-234/98, EU:C:1999:594, punkterna 17, 20 och 21).

14 — Mål 135/83, EU:C:1985:55.

15 — Punkt 30.

16 — Mål 319/94, EU:C:1998:99.

17 — Punkt 32.

18 — Mål C-399/96, EU:C:1998:532).

19 — Punkt 35.

32. För att kunna konstatera att en överlåtelse av ett företag har skett krävs att det avgörande kriteriet för om det förekommit en sådan överlåtelse är uppfyllt, nämligen att den aktuella enheten behåller sin identitet efter att ha övertagits av den nya arbetsgivaren.²⁰

33. Vid bedömningen av om detta villkor är uppfyllt bör samtliga faktiska omständigheter kring överlåtelsen beaktas och då i synnerhet vilken typ av företag eller verksamhet det är fråga om, huruvida det skett en överlåtelse av materiella tillgångar såsom exempelvis byggnader eller lösöre, värdet på de immateriella tillgångarna vid tidpunkten för överlåtelsen, huruvida den nya innehavaren har övertagit största delen av arbetsstyrkan, om kundkretsen har överförs samt i vilken utsträckning verksamheten före och efter överlåtelsen är densamma och hur länge denna verksamhet eventuellt har varit nedlagd. Dessa omständigheter utgör emellertid endast enskilda delar i en samlad bedömning som ska företas och de ska därför inte bedömas var för sig.²¹

34. EU-domstolen har påpekat att den nationella domstolen, vid sin bedömning av de faktiska omständigheter som utmärker den ifrågavarande transaktionen, ska ta hänsyn till vilket slags företag eller vilken verksamhet som det rör sig om. Av detta följer enligt EU-domstolen att den vikt som ska tillmätas de olika kriterierna för bedömningen av om det har förekommit en övergång i den mening som avses i direktivet med nödvändighet varierar med hänsyn till den verksamhet som bedrivs och även till de produktions- eller driftsmetoder som används i ifrågavarande företag, verksamhet eller del av verksamhet.²²

35. Den vikt som ska tillmätas de olika faktorerna som gör det möjligt att kontrollera huruvida den aktuella enheten behåller sin identitet efter att ha övertagits av den nya arbetsgivaren och således beteckna en transaktion som "överlåtelse" i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet varierar således med hänsyn till den typ av verksamhet som det aktuella företaget bedriver.

36. Avgörande är huruvida den aktuella enheten bibehåller sin identitet, vilket till exempel framgår av att det skett en överlåtelse av betydande materiella eller immateriella tillgångar och av den omständigheten att driften av denna enhet fortsätter eller övertas av den nya arbetsgivaren för samma eller motsvarande verksamhet. De två villkoren är emellertid uppfyllda i förevarande mål.

37. EU-domstolen har med avseende på en överlåtelse av betydande materiella eller immateriella tillgångar visserligen angett att en ekonomisk enhet, på vissa områden, kan fungera utan sådana tillgångar, vilket logiskt sett innebär att frågan huruvida en sådan enhet bibehåller sin identitet efter den transaktion som den är föremål för inte kan vara beroende av att sådana beståndsdelar har överlåtits.²³

38. Såsom framgår av EU-domstolens praxis förhåller det sig emellertid annorlunda för företag som är verksamma i sektorer i vilka en användning av betydande tillgångar krävs. Det förhåller sig till exempel på så sätt inom sektorn för busstransporter som förutsätter omfattande materiel och anläggningar. EU-domstolen har i dessa fall slagit fast att den omständigheten att några materiella tillgångar som användes för driften av den ifrågavarande linjetrafiken med buss inte har övergått från den tidigare till den nye innehavaren av kontraktet utgör en omständighet som bör tas i beaktande.²⁴ EU-domstolen drog härav slutsatsen att inom en sådan sektor som kollektivtrafik med buss, där materiella tillgångar

20 — Se till exempel dom *Amatori* m.fl. (C-458/12, EU:C:2014:124, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

21 — Se till exempel dom *Spijkers* (24/85, EU:C:1986:127, punkt 13), dom *Redmond Stichting* (C-29/91, EU:C:1992:220, punkt 24), dom *Süzen* (C-13/95, EU:C:1997:141, punkt 14), och dom *Abler* m.fl. (C-340/01, EU:C:2003:629, punkt 33).

22 — Se, till exempel, domen *Liikenne* (C-172/99, EU:C:2001:59, punkt 35 och där angiven rättspraxis).

23 — *Ibidem*, punkt 37 och där angiven rättspraxis.

24 — *Ibidem*, punkt 39 och där angiven rättspraxis.

utgör en viktig del i utövandet av verksamheten, måste den omständigheten att sådana tillgångar, vilka är absolut nödvändiga för att enheten ska kunna fungera väl, inte i betydande utsträckning har övergått från den tidigare till den nya innehavaren av kontraktet leda till att denna enhet inte anses ha bevarat sin identitet.²⁵

39. Av ovannämnda praxis framgår att i ett sådant mål som det vid den nationella domstolen som även avser transportsektorn, överlåtelse av betydande materiella tillgångar ska betraktas som en avgörande omständighet vid bedömningen av huruvida det rör sig om en "överlåtelse av en verksamhet" i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet.

40. Den hänskjutande domstolen ska i sin bedömning av de faktiska omständigheterna kring den aktuella transaktionen således tillmäta den omständigheten att det skett en överlåtelse av betydande materiella tillgångar till TAP särskild betydelse.

41. Det är i detta avseende utrett att TAP har övertagit avtalen om hyra av fyra flygplan som tidigare använts av AIA i dess verksamhet. Av handlingarna i målet framgår att övertagandet bland annat motiverades av att TAP önskade uppväga de negativa ekonomiska konsekvenser som en förtida uppsägning av sådana avtal hade kunnat medföra. De skäl som ligger till grund för TAP:s beslut att överta avtalen om hyra av fyra flygplan som hittills använts av AIA saknar emellertid betydelse för kvalificeringen av en transaktion som "överlåtelse" i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet. Avgörande är enbart det objektiva konstaterandet att dessa avtal faktiskt överläts till TAP när AIA likviderades, eftersom TAP fortsatte att använda de aktuella flygplanen.

42. Såsom kärandena i det nationella målet anført kan till följd av den omständigheten att TAP är majoritetsägare och huvudborgenär i AIA inte slutsatsen dras att företaget fritt kan förfoga över ett företag inom koncernen och överta dess tillgångar utan att underkasta sig de skyldigheter som följer av direktivet.

43. Det kan inte heller ha betydelse att de flygplan som TAP övertog användes utan åtskillnad för reguljär transport och icke-reguljär transport. Avgörande är att dessa flygplan användes, om än delvis, inom ramen för TAP:s icke-reguljära transportverksamhet som utgör följden av en verksamhet som tidigare bedrevs av AIA.

44. Den omständigheten att de flygplan som övertogs hyrdes hindrar för övrigt inte att det kan ha skett en överlåtelse av verksamheten, eftersom det är förvärvarens fortsatta användning av dessa tillgångar som är avgörande.

45. Slutligen är inte heller den omständigheten att flygplanen överlämnades i slutet av leasingavtalen mellan år 1998 och 2000 avgörande. Det som är av betydelse är att avtalen faktiskt överläts och att flygplanen faktiskt användes av TAP under avsevärd tid.

46. Mot bakgrund av vad som anförts ovan framgår att den hänskjutande domstolens slutsats att den omständigheten att TAP övertog det avvecklade företagets ställning i avtalen om hyra av flygplan är ett viktigt tecken på att det skett en överlåtelse av verksamheten, vilket TAP:s övertagande av sådana tillgångar som krävs för att driva vidare den verksamhet som AIA tidigare bedrev vittnar om.

47. Därutöver har konstaterats att TAP även har tagit emot mindre utrustning från det likviderade företaget, såsom utrustning som användes ombord på flygplanen och kontorsutrustning. Detta utgör ytterligare ett tecken på att det skett en överlåtelse av verksamhet.

25 — Ibidem, punkt 42 och där angiven rättspraxis.

48. Av handlingarna i målet framgår dessutom att TAP övertagit det likviderade företags ställning i avtalen om charterflygningar som ingåtts med researrangörer och för utvecklingen av den verksamhet som tidigare bedrevs av sistnämnda företag. Av EU-domstolens praxis framgår emellertid att överföringen av kundkretsen är ett relevant tecken på att det skett en överlåtelse av ett företag.²⁶

49. Supremo Tribunal de Justiça förefaller vara av uppfattningen att den omständigheten att TAP har behörighet att bedriva verksamhet på marknaden för charterflyg och det förhållandet att det redan gjort det "punktvis" hindrar att en "överlåtelse av en verksamhet" i den mening som avses i direktivet kan anses ha skett. Jag är emellertid av samma uppfattning som kärandena i målet vid den nationella domstolen att den omständigheten att ett företag redan har bedrivit verksamhet eller kan göra det på en viss marknad inte hindrar att sistnämnda företag säkerställer den fortsatta driften av liknande verksamhet som bedrivits av ett annat företag som under tiden har avvecklats, genom att på så sätt utvidga sin egen verksamhet.

50. Framför allt vad gäller de flygningar som utfördes år 1994 rör det sig, såsom Supremo Tribunal de Justiça konstaterat i sin dom, om avtal som ingåtts av TAP direkt med researrangörer avseende rutter som den hittills inte genomfört, eftersom det var rutter som traditionellt hade trafikerats av AIA. Supremo Tribunal de Justiça har anfört att "TAP, såsom vilket flygbolag som helst hade kunnat göra, har bedrivit en verksamhet på de delar av marknaden som hade frigjorts genom nedläggningen av AIA".

51. Såsom kärandena i målet vid den nationella domstolen emellertid anfört utgör den omständigheten att TAP började bedriva en verksamhet som tidigare bedrevs av ett annat företag inom dess koncern som under tiden har avvecklats ett relevant tecken på att det föreligger en överlåtelse av en verksamhet, eftersom detta vittnar om att TAP fortsatt driften av den verksamhet som tidigare bedrevs av AIA.

52. Supremo Tribunal de Justiça grundade sig på domen i målet *Süzen*²⁷ när den i sin dom fastställde att enbart den omständigheten att en verksamhet drivs vidare av ett annat företag inte räcker för att konstatera att det skett en överlåtelse av en verksamhet.²⁸ Av EU-domstolens praxis framgår emellertid att det inte råder någon tvekan om att det skett en överlåtelse av en verksamhet när det utöver den fortsatta driften av verksamheten även skett en överlåtelse av betydande materiella tillgångar.

53. Att TAP driver vidare den verksamhet som tidigare bedrivits av AIA framgår även av en annan omständighet som framförts av den hänskjutande domstolen, nämligen att TAP återanställt de arbetstagare som tidigare varit anställda vid det avvecklade företaget och låtit dem utföra samma arbetsuppgifter som de tidigare utfört i sistnämnda företag.

54. Det har såsom Supremo Tribunal de Justiça konstaterat i sin dom visats att två anställda, vilka hittills varit utstationerade av TAP vid AIA:s kommersiella ledning, efter det sistnämnda företags avveckling, av TAP tilldelades tjänster vid dess kommersiella ledning vad avser icke-reguljära flygningar ad hoc och avtal om charterflygningar under flygsäsongen sommaren 1993.

55. Enligt Supremo Tribunal de Justiça har TAP inte behållit arbetstagare som tidigare varit anställda vid AIA. Dessa arbetstagare var bundna till TAP genom ett anställningsavtal. Det rörde sig således om arbetstagare som var anställda av TAP och inte av AIA. De berörda arbetstagarna hade utstationerats av TAP för att utföra uppgifter hos AIA och de återvände efter AIA:s avveckling till det företag vid vilket de var anställda. Supremo Tribunal de Justiça har sin dom anfört att anledningen till att TAP:s arbetstagare återvände till det företag vid vilket de var anställda efter avvecklingen av AIA där de var

26 — Se ovan, punkt 33 i förevarande förslag till avgörande.

27 — Mål C-13/95, EU:C:1997:141.

28 — Punkt 15.

utstationerade var att det anställningsavtal som de hade ingått med deras arbetsgivare, nämligen TAP, hade fullgjorts. Även om dessa arbetstagare hade tilldelats tjänster som motsvarade deras kategori och under sommaren år 1993 utfört uppgifter på området för icke-reguljära flygningar som under det året utfördes av TAP, så möjliggör inte den verksamhet som dessa arbetstagare utövade vid TAP enligt Supremo Tribunal de Justiça att identifiera organisationen som en självständig ekonomisk enhet vars syfte är att utföra icke-reguljära flygningar.

56. Såsom emellertid kärandena i målet vid den nationella domstolen anfört är den omständigheten att två anställda vid TAP återanställts för att utföra uppgifter som direkt anknyter till sektorn för icke-reguljära flygningar ett tecken på att TAP fortsatt driften av AIA:s verksamhet, en verksamhet som tidigare enbart bedrivits punktvis, och förstärker ytterligare uppfattningen att det skett en överlåtelse av en verksamhet. Dessutom verkar det som att dessa arbetstagare utgör en "organiserad grupp",²⁹ eftersom de fått utföra liknande arbetsuppgifter hos TAP som de som utfördes hos AIA.

57. Den utsträckning i vilken verksamheten före och efter överlåtelsen är densamma utgör ytterligare ett tecken på att det skett en överlåtelse av verksamhet. Såsom kommissionen anfört var AIA ett lufttransportföretag som hade specialiserat sig på icke-reguljära flygningar. TAP vars kärnverksamhet är lufttransport hade behörighet att utföra såväl reguljära flygningar som icke-reguljära flygningar, och hade således behörighet att bedriva verksamhet på chartermarknaden, vilket det redan gjorde, om än punktvis.³⁰ Det finns således en stor likhet mellan de två företagens verksamhet.

58. Det har slutligen vad gäller kriteriet avseende en eventuell nedläggning av verksamheten visats att TAP från och med den 1 maj 1993, det vill säga direkt efter AIA:s avveckling, hade börjat utföra en del av de charterflygningar som AIA hade åtagit sig att utföra under sommaren år 1993. Verksamheten har således inte varit nedlagd under en avsevärd tid. Tvärtom fortsatte verksamheten, eftersom TAP, cirka 15 dagar efter AIA:s avveckling, trädde in i AIA:s ställe för att genomföra avtalen avseende de berörda flygningarna.

59. Dessa indicier tillsammans visar enligt min mening att det skett en "överlåtelse av en verksamhet" i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet.

60. Supremo Tribunal de Justiça har emellertid kommit fram till en annan slutsats, eftersom den har tillämpat en alltför snäv tolkning av villkoret avseende bibehållandet av identiteten för den enhet som övertagits. I dess resonemang görs ingen hänvisning till en dom från EU-domstolen som emellertid borde ha lett till en annan slutsats, nämligen domen Klarenberg³¹ som meddelades flera dagar före Supremo Tribunal de Justiça's dom och i vilket generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande, till vilket domstolen anslöt sig, meddelades den 6 november 2008.³²

61. I sin dom tillmätte Supremo Tribunal de Justiça kriteriet enligt vilket det för att konstatera att det skett en överlåtelse i den mening som avses i artikel 1.1 b i direktivet måste vara möjligt att identifiera den ekonomiska enhet som övertagits av förvärvaren särskild betydelse.³³

62. Supremo Tribunal de Justiça har i detta avseende anfört att det inte har visats att TAP har skapat icke-reguljära flygtjänster genom att just överta AIA:s struktur. Mot bakgrund av samtliga omständigheter som fastställts kan det konstateras att TAP inte har övertagit en ekonomisk enhet i syfte att direkt eller självständigt driva vidare den charterflygverksamhet som tidigare bedrevs av AIA.

29 — Domen Jouini m.fl. (C-458/05, EU:C:2007:512, punkt 32).

30 — Kommissionen har hänvisat till Supremo Tribunal de Justiça's dom.

31 — Mål C-466/07, EU:C:2009:85.

32 — Generaladvokaten Mengozzis förslag till avgörande i målet Klarenberg (C-466/07, EU:C:2008:614).

33 — Punkt 3.6.1, sista stycket.

Det har framför allt inte skett någon övergång av flera olika tillgångar som därefter varit föremål för en omorganisation hos TAP på så sätt att ett självständigt företag eller verksamhet uppkommit. Dessutom finns inget som tyder på att det finns en enhet hos TAP inom ramen för vilken charterflygverksamhet har organiserats självständigt för detta ändamål.

63. Mot bakgrund av vad som anförts ovan följer enligt Supremo Tribunal de Justiça att det på grundval av en helhetsbedömning av indicierna inte kan fastställas att de personella och materiella resurserna vid TAP stödjer flygcharterverksamheten som organiserats självständigt för detta ändamål, nämligen en ekonomisk enhet som bibehåller sin identitet och självständigt driver vidare en icke-reguljär kommersiell flygverksamhet vid TAP. Supremo Tribunal de Justiça har tvärtom anført att AIA:s utrustning som därefter användes av TAP upptogs i TAP:s utrustning och att företaget utförde reguljära och icke-reguljära flygningar med avseende på vilka det utan åtskillnad använde sin personal och utrustning från sitt flygbolag.

64. Det ska inför denna argumentation preciseras att det kan ha skett en överlåtelse med bibehållande av identiteten av den enhet som berörs av överlåtelsen i den mening som avses i direktivet, trots att denna inte bevarar sin självständiga organisationsstruktur. Med andra ord, tvärtemot vad Supremo Tribunal de Justiça fastslagit, innebär inte villkoret avseende bibehållande av identitet att den ekonomiska enhet som berörs av överlåtelsen ska bevara sin självständighet i förvärvarens struktur.

65. I domen i målet Klarenberg,³⁴ var klagandens argumentation identisk med den argumentation som framfördes av Supremo Tribunal de Justiça till stöd för uppfattningen att det inte skett någon överlåtelse av verksamhet. Denna part gjorde gällande att den "ekonomiska enhet" som definieras i artikel 1.1 b i direktivet behåller sin identitet endast om det organisatoriska bandet mellan samtliga personer och/eller omständigheter är intakt. Den ekonomiska enhet som berörs av övergången behåller däremot inte sin identitet om den, till följd av övergången, förlorar sin organisatoriska självständighet sedan förvärvaren integrerat tillgångarna i en helt ny struktur.³⁵

66. EU-domstolen slog fast att en sådan föreställning om den ekonomiska enhetens identitet som enbart vilar på den organisatoriska självständigheten inte kan godtas, särskilt med avseende på syftet med direktivet att garantera ett effektivt skydd för arbetstagarnas rättigheter vid en övergång. Enligt EU-domstolen skulle en sådan föreställning nämligen innebära att blotta omständigheten att förvärvaren beslutar att upplösa den övertagna delen av företaget eller verksamheten och integrera den i sin egen struktur medför att direktivet inte är tillämpligt på den delen av företaget eller verksamheten, vilket sålunda skulle beröva de berörda arbetstagarna det skydd som direktivet ger.³⁶

67. EU-domstolen har vad gäller kriteriet avseende den organisatoriska aspekten tidigare slagit fast att detta bidrar till att definiera en ekonomisk enhets identitet.³⁷ Den har emellertid även slagit fast att en ändring i den övertagna enhetens organisationsstruktur inte utgör hinder för att tillämpa direktivet.³⁸

68. EU-domstolen fastställde även följande: "I artikel 1.1 b i direktiv[et] definieras ... en ekonomisk enhets identitet med hänvisning till en 'organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, vare sig denna utgör huvud- eller sidoverksamhet'. Härigenom betonas inte bara den organisatoriska aspekten hos den övertagna enheten utan även att dess ekonomiska

34 — Mål C-466/07, EU:C:2009:85.

35 — Punkt 42.

36 — Punkt 43.

37 — Se bland annat dom Allen m.fl. (C-234/98, EU:C:1999:594, punkt 27), dom Mayeur (C-175/99, EU:C:2000:505, punkt 53), dom Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59, punkt 34) och dom Klarenberg (C-466/07, EU:C:2009:85, punkt 44).

38 — Se bland annat dom Mayeur (C-175/99, EU:C:2000:505, punkt 54), dom Jouini m.fl. (C-458/05, EU:C:2007:512, punkt 36) och dom Klarenberg (C-466/07, EU:C:2009:85, punkt 44).

verksamhet ska fortsätta.”³⁹ EU-domstolen drog härav slutsatsen att villkoret om bibehållande av en ekonomisk enhets identitet i den mening som avses i direktivet ska tolkas med beaktande av de två omständigheter som tillsammans utgör denna identitet, såsom dessa föreskrivs i artikel 1.1 b i direktivet, samt direktivets syfte att skydda arbetstagarna.⁴⁰

69. I enlighet med dessa överväganden och för att inte beröva direktivet en del av dess ändamålsenliga verkan, slog EU-domstolen fast att villkoret om bibehållande av en ekonomisk enhets identitet inte får tolkas så att det krävs att den specifika organisation som arbetsgivaren har beslutat beträffande de olika övertagna produktionsfaktorerna ska behållas. I stället ska villkoret tolkas så att det funktionella samband av ömsesidigt beroende och komplementaritet som föreligger mellan dessa produktionsfaktorer ska bevaras.⁴¹

70. EU-domstolen har anfört att om det funktionella sambandet mellan de olika övertagna produktionsfaktorerna bevaras kan förvärvaren nämligen använda dem även om de, efter övergången, integreras i en ny och annorlunda organisationsstruktur, för att fortsätta en identisk eller motsvarande ekonomisk verksamhet.⁴²

71. Mot bakgrund av domen i målet Klarenberg⁴³ kan fastställas att det är av föga betydelse att den överlåtna enheten har upplösts i TAP:s organisation, eftersom det funktionella sambandet mellan, dels de personella och materiella resurser som övertagits, dels den fortsatta verksamhet som tidigare bedrivits av AIA, har bevarats.

72. I sin dom tillmätte Supremo Tribunal de Justiça den omständigheten att de flygplan och den personal som hade övertagits hade använts för såväl reguljära som icke-reguljära flygningar särskild betydelse. EU-domstolen anser att det härav framgår att det inte har bibehållits någon självständig ekonomisk enhet inom ramen för vilken icke-reguljära flygningar bedrivs vid TAP.

73. I detta avseende anser jag att det är av föga betydelse att de övertagna resurserna inte enbart har använts för icke-reguljära flygningar, utan även för reguljära flygningar. Villkoret om bibehållande av den övertagna enhetens identitet förutsätter inte att de tillgångar som övertagits enbart används för den verksamhet som ska drivas vidare. Det funktionella sambandet mellan dessa tillgångar och den verksamhet som drivs vidare bevaras även om nämnda tillgångar även används för att bedriva en annan verksamhet. Detta gäller i än högre grad när det rör sig om motsvarande verksamhet inom lufttransportbranschen.

74. Såsom kommissionen har gjort gällande följer av domen i målet Klarenberg⁴⁴ att den omständigheten att AIA upplösts och en betydande del av tillgångarna integrerats i TAP:s organisatoriska struktur, trots att de inte har bibehållit sin ”självständiga” identitet, inte medför att direktivet inte kan tillämpas. Det som är avgörande är att de övertagna tillgångarna bibehåller sin identitet och efter överlåtelsen används för att driva vidare en identisk eller motsvarande ekonomisk verksamhet.

75. I förevarande fall har AIA:s tillgångar i första hand (under IATAs sommarsäsong 1993) använts för att driva vidare en verksamhet som är identisk med den som AIA bedrivit, nämligen charterflygningar som AIA har åtagits sig att genomföra, och därefter för att driva vidare en identisk verksamhet (charterflygningar som organiserats av TAP) eller en liknande verksamhet (TAP:s reguljära flygningar).

39 — Dom Klarenberg (C-466/07, EU:C:2009:85, punkt 45).

40 — Ibidem (punkt 46).

41 — Ibidem (punkt 47).

42 — Ibidem (punkt 48).

43 — C-466/07, EU:C:2009:85.

44 — Ibidem.

76. Såsom EU-domstolen anförde i domen Klarenberg⁴⁵ bekräftar ordalydelsen i artikel 6.1 första och fjärde styckena i direktivet att unionslagstiftarens önskan var att direktivet ska tillämpas på samtliga övergångar som uppfyller villkoren i artikel 1.1 häri, oavsett om den övertagna ekonomiska enheten behåller sin självständighet i förvärvarens struktur eller inte.⁴⁶

77. Det ankommer visserligen i sista hand på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida kriterierna för överlåtelse av en verksamhet är uppfyllda i förevarande fall. Enligt fast rättspraxis ankommer det på den hänskjutande domstolen att, efter en helhetsbedömning av samtliga faktiska omständigheter som kännetecknar den aktuella transaktionen, fastslå om den övertagna ekonomiska enheten har bevarat sin identitet.⁴⁷

78. Det särskilda sammanhanget i målet vid den nationella domstolen som är konsekvensen av de nationella domstolarnas motstridiga ställningstaganden medför enligt min mening att EU-domstolen ska besvara den hänskjutande domstolens frågor på ett mer precist och direkt sätt.

79. Jag föreslår således att den första frågan ska besvaras på så sätt, att artikel 1.1 i direktivet ska tolkas så, att begreppet överlåtelse av en verksamhet omfattar en situation där ett företag som är verksamt på charterflygmarknaden avvecklas genom beslut av dess majoritetsägare, som i sin tur är ett företag som är verksamt i flygbranschen, och där moderföretaget i samband med avvecklingen

- övertar det avvecklade företagets ställning i avtalen om hyra av flygplan och i de gällande avtalen om charterflygningar som ingåtts med researrangörer,
- bedriver den verksamhet som det avvecklade företaget tidigare bedrev,
- återanställer vissa av de arbetstagare som tidigare varit anställda vid det avvecklade företaget och låter dem utföra samma arbetsuppgifter,
- övertar mindre utrustning från det avvecklade företaget.

B – Den andra frågan

80. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra fråga för att få klarhet i huruvida artikel 267 FEUF ska tolkas så att en nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, såsom Supremo Tribunal de Justiça, mot bakgrund av de faktiska omständigheter som redovisats i den första frågan och den omständigheten att de lägre nationella domstolsinstanserna som prövat målet hade meddelat motstridiga avgöranden, är skyldig att begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen om tolkningen av begreppet överlåtelse av en verksamhet i den mening som avses i artikel 1.1 i direktivet.

81. Det ska inledningsvis erinras om att det förfarande som föreskrivs i artikel 267 FEUF utgör ett medel för samarbete mellan EU-domstolen och de nationella domstolarna, genom vilket EU-domstolen tillhandahåller de nationella domstolarna de uppgifter om tolkningen av unionsrätten som de behöver för att kunna avgöra anhängiga tvister.⁴⁸

45 — Ibidem.

46 — Punkt 50.

47 — Punkt 49.

48 — Se bland annat dom Schneider (C-380/01, EU:C:2004:73, punkt 20), dom Stradasfatti (C-228/05, EU:C:2006:578, punkt 44) och dom Kirtruna och Vigano (C-313/07, EU:C:2008:574, punkt 25).

82. Inom ramen för detta samarbete ankommer det uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen.⁴⁹

83. Skyldigheten att föra en fråga vidare till EU-domstolen enligt artikel 267 tredje stycket FEUF är vidare ett led i samarbetet mellan de nationella domstolarna, som ska tillämpa unionsrätten, och EU-domstolen för att säkerställa att unionsrätten tillämpas korrekt och tolkas enhetligt i alla medlemsstater.⁵⁰

84. Det ska påpekas att skyldigheten enligt artikel 267 tredje stycket FEUF för nationella domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel att föra en fråga vidare till EU-domstolen bland annat syftar till att förhindra att det i någon medlemsstat uppstår en inhemsk rättspraxis som inte står i överensstämmelse med de unionsrättsliga bestämmelserna.⁵¹

85. EU-domstolen har slagit fast att detta syfte uppnås när de högsta domstolsinstanserna samt varje nationell domstol, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel, är bundna av denna skyldighet att begära förhandsavgörande, med förbehåll för de begränsningar som har godtagits av EU-domstolen i domen Cilfit m.fl.^{52 53}

86. Då det inte finns något rättsmedel mot ett avgörande från en nationell domstol, är den i princip skyldig att föra frågan vidare till EU-domstolen enligt artikel 267 tredje stycket FEUF, när en fråga om tolkningen av EUF-fördraget uppkommer vid den.⁵⁴

87. Det framgår av förhållandet mellan andra och tredje stycket i artikel 267 FEUF att de domstolar som avses i tredje stycket har samma utrymme för skönsmässig bedömning som alla andra nationella domstolar när det gäller att avgöra om ett beslut i en unionsrättslig fråga är nödvändigt för att göra det möjligt för dem att döma i saken. Dessa domstolar är därför inte skyldiga att hänskjuta en vid dem väckt fråga om tolkning av unionsrätten, om den frågan inte är relevant, det vill säga om svaret på frågan, oavsett vilket, inte under några omständigheter kan inverka på utgången av målet.⁵⁵

88. Om nämnda domstolar däremot finner att det är nödvändigt att tillämpa unionsrätten för att avgöra ett vid dem anhängigt mål, är de enligt artikel 267 FEUF skyldiga att föra vidare varje tolkningsfråga som uppkommer till EU-domstolen.⁵⁶

89. Vid en tvist i vilken en fråga om tolkning av unionsrätten har uppkommit ska en nationell domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning i regel fullgöra sin skyldighet att föra frågan vidare till EU-domstolen och i undantagsfall avstå från att föra frågan vidare till EU-domstolen.

90. De domstolar som dömer i sista instans har enligt domen i målet Cilfit m.fl.⁵⁷ en mer omfattande motiveringsskyldighet om de avstår från att föra frågan vidare till EU-domstolen.

49 — Dom Schneider (C-380/01, EU:C:2004:73, punkt 21), dom Längst (C-165/03, EU:C:2005:412, punkt 31), och dom Kirtruna och Vigano (C-313/07, EU:C:2008:574, punkt 26).

50 — Se bland annat dom Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552, punkt 38 och där angiven rättspraxis).

51 — Ibidem (punkt 29 och där angiven rättspraxis).

52 — Mål 283/81, EU:C:1982:335.

53 — Se bland annat domen Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552, punkt 30 och där angiven rättspraxis).

54 — Domen Consiglio nazionale dei geologi och Autorità garante della concorrenza e del mercato (C-136/12, EU:C:2013:489, punkt 25 och där angiven rättspraxis).

55 — Ibidem (punkt 26 och där angiven rättspraxis).

56 — Ibidem (punkt 27 och där angiven rättspraxis).

57 — Mål 283/81, EU:C:1982:335.

91. Vad gäller räckvidden av skyldigheten enligt artikel 267 tredje stycket FEUF, såsom denna fastställts av EU-domstolen, följer sedan denna dom av fast rättspraxis att en domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning är skyldig att, när en fråga om tolkning av unionsrätten har uppkommit vid den, beakta sin skyldighet att begära förhandsavgörande, såvida den inte har funnit att frågan saknar relevans, att den ifrågavarande unionsrättsliga bestämmelsen redan har tolkats av EU-domstolen eller att den korrekta tolkningen av unionsrätten är så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel. Huruvida så är fallet ska bedömas med beaktande av unionsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning medför samt risken för skillnader i rättspraxis inom europeiska unionen.⁵⁸

92. Domstolen har angett att det enligt den rättspraxis som följer av domen i målet Cilfit m.fl.⁵⁹, med förbehåll för de rättsverkningar som följer av domen i målet Köbler⁶⁰, endast ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida den korrekta tillämpningen av unionsrätten är så uppenbar att det saknas utrymme för rimligt tvivel och följaktligen för att besluta att avstå från att till EU-domstolen hänskjuta en fråga om tolkning av unionsrätten som har uppkommit vid denna domstol.⁶¹

93. Den hänskjutande domstolen har ställt frågorna för att EU-domstolen mot bakgrund av rättspraxis avseende begreppet överföring av en verksamhet och med hänsyn till att det föreligger meningsskiljaktigheter mellan de nationella domstolarna avseende tolkningen mot bakgrund av omständigheterna i förevarande mål ska klargöra huruvida det fanns grund för Supremo Tribunal de Justiça att anse att det inte finns ”något rimligt tvivel” i fråga om den tolkning som gjorts och att denna således kunde avstå från att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

94. Det ska i detta avseende påpekas att de nationella domstolarna, mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, ska iakttä särskild försiktighet innan det konstateras att det inte finns något rimligt tvivel. De ska redovisa skälen till varför de anser att unionsrätten har tillämpats korrekt.

95. De ska till följd av den försiktighet som ska iakttas framför allt noggrant pröva om den unionsrätt som de grundat sig på tar vederbörlig hänsyn till unionsrättens särdrag, de särskilda svårigheter som dess tolkning medför samt risken för skiljaktigheter i rättspraxis inom unionen.

96. Supremo Tribunal de Justiça har konstaterat att de begrepp som återfinns i direktivet, framför allt begreppet överlåtelse av en verksamhet, var tillräckligt klara i tolkningen av rättspraxis. Detta innebar enligt den hänskjutande domstolen att det i förevarande fall inte var nödvändigt att framställa en begäran om förhandsavgörande.

97. Detta tillvägagångssätt är enligt min mening felaktigt, eftersom det är känt att tolkningen av begreppet överföring av en verksamhet skiljer sig från fall till fall. De mål med avseende på vilka begäran om förhandsavgörande successivt framställts till EU-domstolen möjliggör för sistnämnda att precisera räckvidden av detta begrepp. Det rör sig således om en rättspraxis som befinner sig i ständig utveckling. Detta särdrag borde ha förmått Supremo Tribunal de Justiça att iakttä försiktighet innan den beslutade att inte hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

98. Utöver att det finns en alltför stor tilltro till att det föreligger en fast praxis vid EU-domstolen rörande begreppet överlåtelse av en verksamhet har denna inte beaktats fullt ut, varför Supremo Tribunal de Justiça har gjort en felaktig tolkning av detta begrepp.

58 — Domen Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552, punkt 33).

59 — Mål 283/81, EU:C:1982:335.

60 — Mål C-224/01, EU:C:2003:513.

61 — Domen Intermodal Transports (C-495/03, EU:C:2005:552, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

99. I en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet där domstolen har utarbetat en praxis avseende det begrepp som är föremål för tolkning kan en nationell domstol som i princip är skyldig att framställa en begäran om förhandsavgörande och som anser att den tvist som anhängiggjorts vid den ger upphov till en fråga om tolkningen av unionsrätten gå till väga på två olika sätt. Den kan antingen hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen för att få ytterligare information med avseende på den tvist som den har att avgöra eller besluta att inte fullgöra sin skyldighet att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen, men den ska godta och tillämpa det svar som EU-domstolen redan tillhandahållit. Om den inte tillämpar något av dessa två tillvägagångssätt och gör en annan tolkning av det aktuella unionsrättsliga begreppet, så gör sig denna domstol skyldig till en överträdelse av denna rättighet som anses vara tillräckligt klar.⁶² Detta följer av fast rättspraxis enligt vilken en överträdelse av unionsrätten är tillräckligt klar då den uppenbart står i strid med EU-domstolens praxis på området.⁶³

100. Sammanfattningsvis kan fastställas att om EU-domstolens rättspraxis, inbegripet EU-domstolens senaste rättspraxis, hade beaktats noggrant och fullständigt, hade Supremo Tribunal de Justiça inte kunnat vara så säker vad gäller den tillämpning av unionsrätten som den gjort.

101. EU-domstolen har intagit en strikt inställning vad gäller skyldigheten att framställa en begäran om förhandsavgörande som åligger de nationella domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning. Såsom generaladvokaten Léger har uppgett i sitt förslag till avgörande i målet *Traghetti del Mediterraneo*⁶⁴ och såsom framgår av förevarande mål "... riskerar [den berörda domstolen] att begå ett fel ... om den inte fullgör denna skyldighet, antingen genom ett fel vid tolkningen av gällande [union]srätt, vid fastställandet av de följder denna tolkning medför för att nationell rätt skall kunna tolkas konformt eller vid bedömningen av huruvida nationell rätt kan anses förenlig med [union]srätten".⁶⁵

102. Den omständigheten att de nationella domstolar mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning inte iakttar sin skyldighet att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande medför att EU-domstolen inte kan utföra den grundläggande uppgift som tillerkänts den enligt artikel 19.1 första stycket FEU, att säkra "respekten för rättsordningen vid tolkningen och tillämpningen av fördragen".

103. Av handlingarna i målet framgår slutligen att de portugisiska domstolarna i förevarande mål har intagit olika ståndpunkter vad gäller tolkningen av begreppet överlåtelse av en verksamhet. Om förekomsten av motstridiga beslut som fattats av de nationella domstolarna i sig inte räcker för att utlösa skyldigheten att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF, så rör det sig enligt min mening om en omständighet i sammanhanget som utgör stöd för konstaterandet att Supremo Tribunal de Justiça borde ha intagit en försiktigare hållning och hänskjutit en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

104. Enligt min mening framgår det av samtliga dessa omständigheter att artikel 267 tredje stycket FEUF ska tolkas så att en nationell domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, såsom Supremo Tribunal de Justiça, under sådana omständigheter som i det nationella målet var skyldig att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.

62 — Se Pertek, J., "Renvoi préjudiciel en interprétation", *JurisClasseur Europe Traité*, fascicule 361, 2010, § 97.

63 — Se bland annat domarna *Traghetti del Mediterraneo* (C-173/03, EU:C:2006:391, punkt 43 och där angiven rättspraxis), och *Fuß* (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 52 och där angiven rättspraxis).

64 — Mål C-173/03, EU:C:2005:602.

65 — Punkt 66.

C – Den tredje frågan

105. Den hänskjutande domstolen har ställt sin tredje fråga för att få klarhet i huruvida unionsrätten och särskilt rättspraxis som följer av domen i målet Köbler⁶⁶ ska tolkas så att den utgör hinder mot en nationell ordning för medlemsstaternas ansvar enligt vilken en rätt till skadestånd endast kan göras gällande om det skadevållande avgörandet har upphävts.

106. Enligt artikel 13.2 i bilagan till den lag genom vilken RRCEE antogs ska ”ett skadeståndsyrkande grunda sig på ett föregående upphävande av det skadevållande avgörandet av den behöriga domstolen”.

107. För att kunna fastställa om detta villkor är förenligt med unionsrätten ska det inledningsvis erinras om att principen om statens skadeståndsansvar för skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelser av unionsrätten som kan tillskrivas staten följer av systematiken i fördraget.⁶⁷

108. Vad gäller statens skadeståndsansvar till följd av en överträdelse av unionsrätten som beror på ett avgörande av en nationell domstol som dömer i sista instans har EU-domstolen slagit fast att med hänsyn till den dömande verksamhetens särdrag och de berättigade kraven på rättssäkerhet är statens skadeståndsansvar under sådana omständigheter inte obegränsat. Såsom EU-domstolen har funnit kan staten ådra sig ett sådant ansvar endast i undantagsfall, då en nationell domstol som dömer i sista instans på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande rätt. Vid bedömningen av huruvida denna förutsättning är uppfylld ska en nationell domstol, vid vilken en skadeståndstalan har väckts, ta hänsyn till alla omständigheter som kännetecknar situationen i fråga, särskilt den överträdde regelns grad av klarhet och precision, överträdelsens avsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av rättsvillfarelsen, den standpunkt som en unionsinstitution i förekommande fall intagit och den aktuella domstolens underlåtenhet att fullgöra sin skyldighet att begära ett förhandsavgörande enligt artikel 267 tredje stycket FEUF.⁶⁸

109. Såsom anförts ovan presumeras ett uppenbart åsidosättande av gällande unionsrätt under alla förhållanden föreligga när det aktuella avgörandet uppenbart har fattats i strid med EU-domstolens rättspraxis på området.⁶⁹

110. Förutsatt att villkoren för att ett uppenbart åsidosättande av gällande rätt är uppfyllda föreligger således rätt till skadestånd om det kan fastställas att den rättsregel som har överträtts har till syfte att ge enskilda rättigheter och det finns ett direkt orsakssamband mellan det åberopade uppenbara åsidosättandet och den skada som den berörde har lidit. Dessa tre förutsättningar är nödvändiga och tillräckliga för att ge upphov till en rätt till skadestånd för enskilda utan att därför utesluta att statens ansvar på grundval av den nationella rätten kan göras gällande under mindre restriktiva förutsättningar.⁷⁰

111. EU-domstolen har även slagit fast att med förbehåll för själva rätten till skadestånd, vilken grundar sig direkt på unionsrätten när ovannämnda förutsättningar är uppfyllda, är det inom ramen för den nationella skadeståndsrätten som staten ska ersätta följderna av den vållade skadan, förutsatt att de villkor som fastställs i nationell skadeståndslagstiftning inte är mindre förmånliga än de som avser liknande ersättningsanspråk som grundar sig på nationella förhållanden (likvärdighetsprincipen) eller är utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd (effektivitetsprincipen).⁷¹

66 — Mål C-224/01, EU:C:2003:513.

67 — Se till exempel domen Ogieriakhi (C-244/13, EU:C:2014:2068, punkt 49 och där angiven rättspraxis).

68 — Se bland annat domen Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, punkt 32 och där angiven rättspraxis).

69 — Ibidem (punkt 43 och där angiven rättspraxis). Se även domen Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717 punkt 52 och där angiven rättspraxis).

70 — Se bland annat dom Traghetti del Mediterraneo (C-173/03, EU:C:2006:391, punkt 45 och där angiven rättspraxis).

71 — Se bland annat domen Fuß (C-429/09, EU:C:2010:717, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

112. Det förfarande som föreskrivs i artikel 13.2 i bilagan till den lag genom vilken RRCEE antogs ska enligt min mening prövas mot bakgrund av effektivitetsprincipen. Det ska således fastställas huruvida ett sådant förfarande i praktiken, under sådana omständigheter som i det nationella målet, innebär att det blir omöjligt eller orimligt svårt för den skadelidande att få skadestånd.

113. Avgörande i förevarande fall är att fastställa om det är möjligt för den skadelidande att överklaga en dom som meddelats av Supremo Tribunal de Justiça som vållar denne skada. Under förhandlingen besvarade den portugisiska regeringen inledningsvis denna fråga nekande innan den nyanserade sitt svar på ett föga övertygande sätt. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera den nationella rättsordningen i detta avseende. För det fall att den hänskjutande domstolen drar slutsatsen att den skadelidande inte kan överklaga en dom som meddelats av Supremo Tribunal de Justiça som vållar denne skada bör den fastställa att det förfarande som föreskrivs i artikel 13.2 i bilagan till den lag genom vilken RRCEE antogs strider mot effektivitetsprincipen, eftersom det innebär att det blir omöjligt för den skadelidande att få skadestånd.

114. Under alla förhållanden framgår det enligt min mening av de förhandlingar som hållits vid domstolen att om det skulle fastställas att det finns möjlighet att överklaga en dom från Supremo Tribunal de Justiça, så är denna i hög grad teoretisk och svår att genomföra.⁷² I den mån som det förfarandet som föreskrivs i artikel 13.2 i bilagan till den lag genom vilken RRCEE antogs i denna situation utgör ett allvarligt hinder för den skadelidande att erhålla skadestånd, strider det enligt min mening mot effektivitetsprincipen. Ett sådant förfarande innebär nämligen att det blir orimligt svårt för den skadelidande att få skadestånd.

115. Således kan slutsatsen dras att unionsrätten, och särskilt den rättspraxis som följer av domen i målet Köbler,⁷³ under sådana omständigheter som i det nationella målet, ska tolkas så att den utgör hinder mot en nationell ordning för medlemsstaternas ansvar enligt vilken en rätt till skadestånd endast kan göras gällande om det skadevållande avgörandet har upphävts.

IV – Förslag till avgörande

116. Med beaktande av det ovanstående föreslår jag att EU-domstolen ska besvara de frågor som Varas Cíveis de Lisboa har ställt på följande sätt:

- 1) Artikel 1.1 i rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter ska tolkas på så sätt att begreppet överlåtelse av företag omfattar en situation där ett företag som är verksamt på charterflygmarknaden avvecklas genom beslut av dess majoritetsägare, som i sin tur är ett företag som är verksamt i flygbranschen, och där moderföretaget i samband med avvecklingen
 - övertar det avvecklade företagets ställning i avtalen om hyra av flygplan och i de gällande avtalen om charterflygningar som ingåtts med researrangörer,
 - bedriver den verksamhet som det avvecklade företaget tidigare bedrev,
 - återanställer vissa av de arbetstagare som tidigare varit anställda vid det avvecklade företaget och låter dem utföra samma arbetsuppgifter,
 - övertar mindre utrustning från det avvecklade företaget.

72 — Vid förhandlingen anförde den portugisiska regeringen dessutom att den inte kände till sådana fall där Supremo Tribunal de Justiça tillämpat artikel 696 f i den nya portugisiska processlagen i strid med unionsrätten.

73 — Mål C-224/01, EU:C:2003:513.

- 2) Artikel 267 tredje stycket FEUF ska tolkas så att en nationell domstol mot vars avgöranden det inte finns något rättsmedel enligt nationell lagstiftning, såsom Supremo Tribunal de Justiça (Högsta domstolen, Portugal), under sådana omständigheter som i det nationella målet var skyldig att hänskjuta en begäran om förhandsavgörande till EU-domstolen.
- 3) Unionsrätten, och särskilt den rättspraxis som följer av domen i målet Köbler (C-224/01, EU:C:2003:513), ska, under sådana omständigheter som i det nationella målet, tolkas på så sätt att den utgör hinder mot en nationell ordning för medlemsstaternas ansvar enligt vilken en rätt till skadestånd endast kan göras gällande om det skadevållande avgörandet har upphävts.