CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 28 oktober 1987 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Het Arbejdsret te Kopenhagen heeft het Hof verzocht om uitlegging van richtlijn 77/187 van de Raad van 14 februari 1977, betreffende de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen (PB 1977, L 61, blz. 26). Het wil weten, of die richtlijn ook bescherming biedt aan werknemers die op het moment van overgang niet in dienst waren. Het aan de verwijzende rechter voorgelegde geschil heeft twee ongewone kenmerken: de overgang waarom het gaat, betrof een restaurant dat slechts enkele maanden per jaar geopend is, en die overgang is het gevolg van de opzegging van de pachtovereenkomst betreffende de onderneming op grond van wanprestatie van de pachter.

In 1980 verpachtte mevrouw Ella Marie Hannibalsen het restaurant Ny Mølle Kro, waarvan zij eigenares was, aan mevrouw Inger Larsen. Deze verbond zich enkele maanden later tegenover de vakbond van hotel- en restaurantpersoneel (Hotel- og Restaurationspersonalets Samvirke) om op haar werknemers, die lid van die vakbond waren, de tussen de vakbond en de vereniging van werkgevers in het hotel- en restaurantbedrijf gesloten collectieve arbeidsovereenkomsten toe te passen. Begin 1981 kon Larsen haar verplichtingen tegenover de verpachtster niet meer nakomen, waarop laatstgenoemde de pachtovereenkomst opzegde en de exploitatie van het restaurant, dat gewoonlijk alleen tijdens het zomerseizoen was geopend, in eigen hand nam. In mei 1983 nam zij mevrouw Ketty Hansen als serveerster in dienst voor een dagloon van 195 DKR plus een percentage van de omzet. De arbeidsverhouding had, behoudens verlenging, tot 1 september van dat jaar moeten duren, maar op 19 augustus maakte Hansen er een einde aan door niet meer op het werk te verschijnen.

Na te hebben vastgesteld dat het door Hansen verdiende loon niet overeenkwam met het in de collectieve overeenkomst genoemde bedrag, daagde het algemene Deense werknemersverbond (Landsorganisationen i Danmark, hierna: Landsorganisation) Hannibalsen voor het Arbejdsret te Kopenhagen en vorderde het haar veroordeling tot bijbetaling van het verschil. Eiser stelde, dat volgens de Deense wettelijke regeling inzake de overgang van ondernemingen, de eigenares en huidige exploitante van de Ny Mølle Kro gebonden was aan de in 1980 tussen Larsen en de Deense bond van bedienend personeel gesloten overeenkomst, zodat de bepalingen van de collectieve overeenkomst van toepassing waren. Harerzijds ontkende gedaagde dat de overeenkomst, waarvan zij overigens onkundig was, haar kon worden tegengeworpen.

Van oordeel dat uitlegging van richtlijn 77/187 noodzakelijk was voor de beslissing van het geschil, heeft het Arbejdsret het Hof op 12 november 1986 de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Heeft het begrip „overgang van ondernemingen... op een andere ondernemer

* Vertaald uit het Italiaans.

ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie" in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG ook betrekking op de situatie waarin de eigenaar van een verpachte onderneming wegens wanprestatie van de pachter de pachtovereenkomst opzegt om de exploitatie van de onderneming zelf voort te zetten ?

2) Is de richtlijn van toepassing, indien de overgegane onderneming op het tijdstip van de overgang tijdelijk gesloten was en er derhalve op het betrokken tijdstip geen werknemers in de onderneming in dienst waren ?

3) Is het voor de beantwoording van vraag 2 van belang, dat het gaat om een onderneming die regelmatig een paar maanden per jaar gesloten is, zoals een hotel, pension of restaurant dat alleen in het zomerseizoen open is ?

4) Moet artikel 3, lid 2, van de richtlijn aldus worden uitgelegd, dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden die ingevolge een collectieve overeenkomst voor de vervreemder golden, moet handhaven, ook al waren er op het tijdstip van de overgang geen werknemers in dienst van de onderneming ?

In deze procedure zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de Landsorganisation, de Deense werkgeversvereniging (Dansk Arbejdsgiverforening), de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de Britse regering. De eerste drie hebben ook ter terechtzitting opmerkingen gemaakt.

2. Enkele woorden over de wettelijke regelingen waarnaar in het hoofdgeding en in de prejudiciële vragen wordt verwezen. Wet nr. 111 van 21 maart 1979, waarbij Denemarken richtlijn 77/187 in nationaal recht heeft omgezet, omschrijft haar werkingssfeer door verwijzing naar de desbetreffende bepalingen van de richtlijn, te weten artikel 3, lid 1, en artikel 1, lid 1. De eerste van deze bepalingen luidt: „De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de... bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, gaan door deze overgang op de verkrijger over." De tweede bepaling luidt: „Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie."

Ten slotte bepaalt artikel 3, lid 2: „Na de overgang... handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgesteld voor de vervreemder tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt..."

3. Behalve de Dansk Arbejdsgiverforening, zijn al degenen die in deze zaak opmerkingen hebben gemaakt, van oordeel dat de eerste vraag ontkennend moet worden beantwoord. Ook ik sta die oplossing voor, maar anders dan de Commissie en de Britse regering acht ik het niet gewenst, daarvoor uit te gaan van de letter van artikel 1, lid 1.

Zoals wordt overwogen in rechtsoverweging 11 van het arrest van 7 februari 1985 (zaak 135/83, Abels, Jurispr. 1985, blz. 469), is de letterlijke tekst niet doorslaggevend, want terwijl men in sommige taalversies van de verordening de uitdrukking „overdracht krachtens overeenkomst" vindt, bezigen andere — de Engelse en de Deense — veel ruimere termen („legal transfer" en „overdragelse"). Zeker, in casu lijkt de ei-

genares het restaurant weer aan zich te hebben getrokken op grond van een ontbindende voorwaarde in het pachtcontract; de gemeenschapsregeling moet derhalve van toepassing worden geacht, ook indien men de meer stringente formulering kiest. Ik geloof evenwel, dat wanneer men een dergelijk argument hanteert, men geen recht doet aan de ruimhartigheid waarmee het Hof de betrokken bepaling heeft uitgelegd en die toelaat geen enkel belang te hechten aan de aard van de titel — overeenkomst of handeling *mortis causa*, administratieve maatregel of rechterlijke uitspraak — krachtens welke de ene ondernemer de andere opvolgt.

Deze uitlegging — die, concreet gezegd, het accent in de bepaling legt bij het niettechnische begrip „overgang" en die overdracht krachtens overeenkomst of fusie als voorbeelden beschouwt — vindt overigens een stevig houvast in de geest en de doelstelling van de richtlijn. In zijn arrest van 18 maart 1986 (zaak 24/85, Spijkers, Jurispr. 1986, blz. 1119) heeft het Hof het oogmerk van de gemeenschapswetgever omschreven als: „ook bij verandering van ondernemer de continuïteit van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen te waarborgen". Daaruit volgt volgens het Hof, dat „voor het antwoord op de vraag, of er sprake is van een overgang, het beslissende criterium dus is, of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft".

Met andere woorden, het doel dat de richtlijn zich stelt, is een toestand waarin de vraag, wie toevallig eigenaar van, of, ruimer, beschikkingsgerechtigde over de onderneming is, volstrekt onverschillig is voor de arbeidsverhoudingen binnen de onderneming. Kortom, op wat voor soort handeling hij ook berust, de overgang moet neutraal zijn of, zo men wil, pijnloos: voor de werknemers mag hij geen gevolgen hebben in de zin van ontslag of van minder gunstige behandeling. De enige voorwaarde die het Hof voor een dergelijke bescherming stelt, is dat de overgegane onderneming haar „identiteit" niet verliest, dat wil zeggen dat zij blijft bestaan en haar werkzaamheid voortzet. Het is dus logisch, dat in de arresten Abels (reeds aangehaald, r.o. 23), Wendelboe (zaak 19/83, 7 februari 1985, Jurispr. 1985, blz. 457, r.o. 10) en Spijkers (reeds aangehaald, r.o. 11) is geoordeeld dat aan die voorwaarde niet is voldaan in het geval van faillissement en van liquidatie van een onderneming.

4. De tweede en de derde vraag — is de richtlijn van toepassing op ondernemingen die op het tijdstip van overgang gesloten waren en dus geen personeel in dienst hadden, en is hun seizoenkarakter daarbij van belang — kunnen te zamen worden behandeld.

Ook hier neemt de Dansk Arbejdsgiverforening het minst vergaande standpunt in. Naar haar mening is het feit dat de onderneming op het tijdstip van de overdracht gesloten was en dientengevolge geen werknemers in dienst had, voldoende om de toepassing van het in artikel 3, lid 1, neergelegde beginsel uit te sluiten; en ook al valt te vrezen dat deze opvatting ertoe leidt, dat de door de richtlijn geboden bescherming kan worden gefrustreerd (bij voorbeeld wanneer de werkzaamheid maar voor korte tijd wordt onderbroken en de onderneming weer opengaat met hetzelfde personeel), dat gevaar bestaat niet in het geval van seizoenbedrijven, die enkel werknemers in dienst nemen voor de maanden waarin zij geopend zijn. Hiertegenover staat de opvatting van

de andere interveniënten: resoluut of aarzelend betogen zij allen, dat niet de afwezigheid van werknemers beslissend is, maar de continuïteit of de onzekerheid van hun arbeidsverhouding, en dat de aan een bepaald seizoen gebonden sluiting van de onderneming niet automatisch leidt tot beëindiging van de tijdens de openstelling ontstane arbeidsverhoudingen.

Persoonlijk meen ik dat het duidelijke voorschrift van artikel 3, lid 1, ons dwingt enkel te letten op één gegeven: het *juridische* bestaan van de arbeidsverhouding op het tijdstip waarop de onderneming werd overgedragen (zie voor een bespreking van de verschillende taalversies van die bepaling het arrest Wendelboe, r. o. 13 en 14). Met andere woorden, de richtlijn betreft de werknemers die op het tijdstip van overgang *in dienst* van de vervreemder waren: zijn er werknemers, dan gaan de verplichtingen die de vervreemder jegens hen heeft, op de verkrijger over en kunnen zij aan deze worden tegengeworpen; zijn er geen werknemers, dan is de verkrijger vrij van elke verplichting. Het feit dat de onderneming gesloten was en derhalve geen werknemers *aan het werk* — dat wil zeggen fysiek aanwezig — had, zal dan een element kunnen zijn waarmee rekening moet worden gehouden bij de vraag, of voldaan is aan de voorwaarde dat het moet gaan om een „lopend bedrijf" dan wel een bedrijf dat op het punt staat van de markt te verdwijnen; maar behalve indien dit laatste het geval blijkt te zijn, zal het zonder belang zijn voor de vraag of de richtlijn van toepassing is.

Evenmin kan, dunkt mij, in beginsel veel belang worden toegekend aan de omstandigheid dat het een seizoenbedrijf betreft. Het bedrijfsleven kent immers ondernemingen die hun werknemers de continuïteit van hun betrekking garanderen, ook al stellen zij hen enkel te werk in periodes van activiteit, en ondernemingen die in hun behoefte aan mankracht voorzien door werknemers voor bepaalde tijd aan te stellen. Het is duidelijk dat de door het gemeenschapsrecht geboden bescherming niet voor laatstgenoemden geldt, ook dan niet — zo meen ik — wanneer zij de op ervaring gebaseerde hoop mogen koesteren om aan het begin van ieder seizoen weer in dienst te worden genomen. Maar helderheid verschaffen over deze en de andere door mij vermelde problematische omstandigheden, is de taak van de nationale rechter. Hij zal rechtens en feitelijk moeten vaststellen, of een arbeidsverhouding die jaar in jaar uit steeds uitsluitend 's zomers dan wel 's winters bestaat, geacht moet worden juridisch ook te bestaan in de perioden waarin de onderneming haar activiteit onderbreekt; hij zal ook moeten vaststellen, of het aangaan van een reeks arbeidsverhoudingen voor een bepaalde tijd, telkens met korte onderbrekingen, wetsontduiking vormt, en of de sluiting van een onderneming seizoengebonden dan wel uitzonderlijk is, en of het een natuurlijk verschijnsel is dan wel het symptoom van een onomkeerbare crisis.

5. Het antwoord op de laatste vraag lijkt nu wel duidelijk. Zoals wij zagen, wordt de werkingssfeer van de richtlijn bepaald door de artikelen 1, lid 3, en 3, lid 1. Met de bepaling dat „na de overgang de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden handhaaft tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt", maakt artikel 3, lid 2, de kring van personen op wie de richtlijn van toepassing is, dus niet groter, doch bevestigt het slechts met betrekking tot de rechten die de werknemers aan collectieve overeenkomsten ontlenen, de continuïteit van de op het moment van de overdracht *bestaande* arbeidsverhouding.

Daaruit volgt, dat de werknemers die na de overgang in dienst zijn getreden, geen recht

hebben op de voordelen uit collectieve arbeidsovereenkomsten die bindend zijn voor de vervreemder, maar die dat niet kunnen zijn voor de verkrijger. De bepaling geldt echter niet voor de nationale wetgever, die aan werknemers die niet bij de vervreemder in dienst waren, gunstiger voorwaarden kan waarborgen (artikel 7).

6. Op grond van het voorgaande geef ik in overweging, de vragen die het Arbejdsret te Kopenhagen bij beschikking van 12 november 1986 heeft gesteld in de aldaar aanhangige zaak tussen Landsorganisationen i Danmark en Ny Mølle Kro, in de persoon van de eigenares Ella Marie Hannibalsen, te beantwoorden als volgt:

„1) Het begrip ‚overgang van ondernemingen... op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie' in artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 van de Raad van 14 februari 1977 moet aldus worden uitgelegd, dat het ook betrekking heeft op de situatie waarin de eigenaar van een verpachte onderneming wegens wanprestatie van de pachter de pachtovereenkomst opzegt om de exploitatie van de onderneming zelf voort te zetten.

2) en 3) De richtlijn is niet van toepassing op ondernemingen die op het tijdstip van de overgang geen werknemers in dienst hebben, en wel los van de omstandigheid dat zij op dat tijdstip gesloten zijn en de sluiting een seizoenkarakter heeft dan wel aan een andere oorzaak is toe te schrijven.

4) Artikel 3, lid 2, van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat de verkrijger de arbeidsvoorwaarden die ingevolge een collectieve arbeidsovereenkomst voor de vervreemder golden, enkel moet handhaven voor de werknemers die bij laatstgenoemde in dienst waren op het tijdstip waarop de onderneming overging."