1. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, moet aldus worden uitgelegd, dat het een werknemer die ten tijde van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn in dienst is van de vervreemder, niet verbiedt zich te verzetten tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding op de verkrijger.

   De richtlijn verplicht de Lid-Staten evenwel niet, te bepalen dat de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding met de vervreemder in stand blijft ingeval een werknemer uit eigen vrije wil besluit de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding niet met de verkrijger voort te zetten. De richtlijn staat daaraan ook niet in de weg. Het is aan de Lid-Staten te beslissen, wat in een dergelijk geval met de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding dient te geschieden.

2. Onder „wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen" in de zin van artikel 7 van richtlijn 77/187 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, dienen te worden verstaan de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van een Lid-Staat zoals uitgelegd door de rechterlijke instanties van die staat.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in de gevoegde zaken C-132/91, C-138/91 en C-139/91 *

I — De feiten en het procesverloop

1. *De toepasselijke gemeenschapsregeling*

Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB 1977, L 61, blz. 26), beoogt „de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen" (tweede overweging van de considerans).

Volgens artikel 1, lid 1, is de richtlijn van toepassing op de „overgang van onderneming, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie".

Artikel 3, lid 1, bepaalt: „De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de

* Procestaal: Duits.

overgang in de zin van artikel 1, lid 1, bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, gaan door deze overgang op de verkrijger over." Ingevolge lid 2 van dit artikel handhaaft de verkrijger de in een collectieve arbeidsovereenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als in de overeenkomst was vastgesteld voor de vervreemder.

De richtlijn bepaalt tevens nog in artikel 4, lid 1, dat de overgang op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag vormt; wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen, blijft het echter mogelijk ontslagen te verlenen.

Luidens artikel 7 doet de richtlijn „geen afbreuk aan de bevoegdheid van de Lid-Staten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers".

2. *De in de hoofdgedingen toepasselijke nationale wetgeving*

§ 613a van het Duitse Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch - BGB), betreffende de overdracht van ondernemingen, in de redactie van de wet van 13 augustus 1980, houdende aanpassing van het arbeidsrecht aan de gemeenschapsvoorschriften (BGBl. I, blz. 1308), bepaalt:

„Wanneer een onderneming of deel van een onderneming bij rechtshandeling wordt overgedragen aan een andere eigenaar, treedt deze in de rechten en verplichtingen uit hoofde van de bij de overdracht bestaande arbeidsverhoudingen. Indien deze rechten en verplichtingen worden beheerst door de regels van een collectieve overeenkomst of ondernemingsovereenkomst, vormen zij de inhoud van de arbeidsverhouding tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer zonder gedurende een jaar na de datum van de overgang ten nadele van de werknemer te kunnen worden gewijzigd. De tweede zin is niet van toepassing, indien de rechten en verplichtingen bij de nieuwe eigenaar worden beheerst door de regels van een andere collectieve overeenkomst of ondernemingsovereenkomst. Vóór het einde van de in de tweede zin bedoelde termijn kunnen de rechten en verplichtingen worden gewijzigd, indien de collectieve overeenkomst of ondernemingsovereenkomst niet meer van toepassing is of bij ontbreken van een wederzijdse verplichting zich te houden aan een collectieve overeenkomst binnen het toepassingsgebied van een andere collectieve overeenkomst welke de nieuwe eigenaar en de werknemer zijn overeengekomen te zullen toepassen (...)"

Blijkens de verwijzingsbeschikkingen van het Arbeitsgericht Hamburg (zaken C-138/91 en C-139/91) is het vaste rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht, dat

„wanneer een bedrijfsonderdeel door een rechtshandeling aan een andere eigenaar wordt overgedragen, het bezwaar van een in dit bedrijfsonderdeel werkzame werknemer de overgang van zijn arbeidsverhouding op de verkrijger belet, zodat de arbeidsverhouding met de vervreemder blijft bestaan (vgl. voor het beginsel BAG AP Nr. 1 m. b. t. § 613a BGB, laatstelijk BAG AP Nr. 55 m. b. t. § 613a BGB)".

3. *De feiten in de hoofdgedingen*

— Zaak C-132/91

Blijkens het procesdossier was verzoeker in het hoofdgeding Katsikas als kok tewerkgesteld in een aan Konstantinidis, verweerder in het hoofdgeding, toebehorend restaurant te Lichtenfels.

Konstantinidis had bij overeenkomst Mitossis met ingang van 2 april 1990 belast met de bedrijfsvoering onder zijn toezicht. Volgens de overeenkomst tussen Konstantinidis en Mitossis verplichtte laatstgenoemde zich Konstantinidis met ingang van 2 april 1990 te bevrijden van alle uit de exploitatie van het restaurant voortvloeiende verplichtingen, met name die tot betaling van lonen en salarissen.

Katsikas, die had gevraagd in een ander restaurant van Konstantinidis te worden tewerkgesteld, werd op 26 juni 1990 door laatstgenoemde ontslagen. Konstantinidis beweert daarbij te hebben gehandeld namens Mitossis.

Katsikas heeft daarop voor het Arbeitsgericht Bamberg (Kammer Coburg) een vordering ingesteld tot betaling van een aantal hem beweerdelijk toekomende inkomsten over de tijd vóór zijn ontslag en over de voor hem geldende opzeggingstermijn.

Konstantinidis heeft als verweer gevoerd, dat hij op de datum van diens ontslag niet de werkgever van verzoeker in het hoofdgeding was, daar hij zijn bedrijf aan Mitossis had overgedragen.

Gezien deze omstandigheden heeft het Arbeitsgericht Bamberg (Kammer Coburg) het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Kan ingevolge artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, het bezwaar van een op het tijdstip van overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn door de vervreemder tewerkgestelde werknemer tegen de overgang van de rechten en verplichtingen van de vervreemder op de verkrijger, tot gevolg hebben dat de overgang van de rechten en verplichtingen van de vervreemder op de verkrijger *niet* plaatsvindt?

2) Wanneer vraag 1 ontkennend wordt beantwoord:

Is een in het nationale recht van een Lid-Staat voorzien recht van bezwaar in bovenbedoelde zin een voor de werknemers gunstiger regeling in de zin van artikel 7 van richtlijn 77/187?

3) Wanneer vraag 2 bevestigend wordt beantwoord:

Moet artikel 7 van richtlijn 77/187 aldus worden uitgelegd, dat het om *uitdrukkelijke* (gunstiger) wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen dient te gaan?

4) Wanneer vraag 3 ontkennend wordt beantwoord:

Moet artikel 7 van richtlijn 77/187 aldus worden uitgelegd, dat de rechterlijke instanties van de Lid-Staten door uitlegging van nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen voor de werknemers gunstiger ‚regelingen' in de zin van artikel 7 van richtlijn 77/187 in het leven kunnen roepen?"

— Zaken C-138/91 en C-139/91

Skreb en Schroll zijn beiden werknemers van PCO Stauereibetrieb Paetz & Co. Nfl. GmbH (hierna: „PCO"), waar zij waren tewerkgesteld als havenarbeiders, bootwerkers en vorheftruckchauffeurs, hoofdzakelijk werkzaam in de stuwadoorssector van de onderneming.

Op 1 oktober 1990 droeg PCO haar stuwadoorssector over aan Carl Tiedemann GmbH & Co. (hierna: „Tiedemann").

Skreb en Schroll, evenals andere werknemers, maakten op grond van § 613a, lid 1, BGB bezwaar tegen de overgang van hun arbeidsverhouding op Tiedemann.

Bij brief van 8 oktober 1990 beëindigde PCO de arbeidscontracten met Skreb en Schroll.

Deze wendden zich daarop tot het Arbeitsgericht Hamburg teneinde te doen vaststellen dat hun ontslag sociaal onterecht was; in het bijzonder zouden er bij de onderneming voldoende arbeidsmogelijkheden en ook vacatures zijn.

PCO voerde ter verdediging aan, dat de bepalingen van richtlijn 77/187 van 14 februari 1977 zich ertegen verzetten, dat een werknemer bezwaar maakt tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding bij de overgang van een onderneming.

Het Arbeitsgericht Hamburg heeft zich daarop afgevraagd, of enerzijds het in de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht aan de werknemer toegekende recht van bezwaar verenigbaar is met het bepaalde in artikel 3, lid 1, van de richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof in zijn arrest van 5 mei 1988 (gevoegde zaken 144/87 en 145/87, Berg, Jurispr. 1988, blz. 2559), en of anderzijds artikel 7 van de richtlijn het mogelijk maakt, dat het nationale recht aan een werknemer in geval van overgang van een bedrijf een recht van bezwaar toekent waarbij de arbeidsverhouding met de vervreemder van het bedrijf blijft voortbestaan.

Het Arbeitsgericht heeft het Hof derhalve in elk van beide zaken de volgende vraag gesteld:

„Vormt de toekenning van een recht van bezwaar aan een werknemer, die daardoor de overgang van zijn arbeidsverhouding op de verkrijger in geval van overgang van een bedrijf kan voorkomen, een gunstiger bepaling in de zin van artikel 7 van richtlijn 77/187/EEG?"

4. *De procedure voor het Hof*

De beschikking van het Arbeitsgericht Bamberg van 7 mei 1991 is op 22 mei 1991 ingeschreven ter griffie van het Hof. De beschikkingen van het Arbeitsgericht Hamburg van 4 april 1991 zijn op 27 mei 1991 ingeschreven ter griffie van het Hof.

De zaken C-138/91 en C-139/91 zijn bij beschikking van het Hof van 19 juni 1991 gevoegd. De zaken C-138/91 en C-139/91 zijn bij beschikking van de president van het Hof van 3 oktober 1991 gevoegd met zaak C-132/91.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend:

— in de drie zaken door de Duitse regering, vertegenwoordigd door E. Röder, Ministerialrat bij het Bondsministerie van Economische zaken, in de zaken C-138/91 en C-139/91, en door E. Röder en J. Karl, Regierungsdirektor bij hetzelfde ministerie, in de zaak C-132/91, als gemachtigden, en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Banks en B. Langeheine, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden;

— in de zaken C-138/91 en C-139/91 door verzoekers in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door K. Bertelsmann, van het kantoor Bertelsmann en Gäbert, advocaat te Hamburg.

In haar memories heeft de Duitse regering het Hof verzocht overeenkomstig artikel 95 van het Reglement voor de procesvoering in volle samenstelling te beslissen.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Samenvatting van de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

A — *De eerste vraag van het Arbeitsgericht Bamberg*

1. De *Duitse regering* stelt voor, deze vraag bevestigend te beantwoorden. Enerzijds bepaalt artikel 3, lid 1, van de richtlijn, dat de op de datum van overgang bestaande arbeidscontracten worden gehandhaafd met de nieuwe werkgever, zulks overeenkomstig de doelstelling van de richtlijn, namelijk de handhaving van de rechten van de werknemers bij overgang van de onderneming. Anderzijds kunnen de Lid-Staten dit beginsel aanpassen door in de nationale rechtsorde een hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder en van de verkrijger voor de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen te voorzien (artikel 3, lid 1, van de richtlijn), ofwel door in hun rechtsorde gunstiger bepalingen voor de werknemer in de voeren (artikel 7 van de richtlijn), zoals het recht van de werknemer bezwaar te maken tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst.

2. De *Commissie* stelt voor, de vraag ontkennend te beantwoorden.

Naar haar mening volgt uit de rechtspraak van het Hof, met name de arresten van 10 februari 1988 (zaak 324/86, Tellerup, bekend als „Daddy's Dance Hall", Jurispr. 1988, blz. 739, r. o. 14 en 15), 5 mei 1988 (Berg, reeds aangehaald, r. o. 11) en 25 juli 1991 (zaak 362/89, D'Urso, Jurispr. 1991, blz. I-4105), dat de overgang van de verplichtingen van de vervreemder op de verkrijger niet ter vrije beschikking van de partijen bij de arbeidsovereenkomst staat en dat een werknemer een dergelijke overgang dus niet kan verhinderen.

B — *De tweede vraag van het Arbeitsgericht Bamberg en de vraag van het Arbeitsgericht Hamburg*

1. De *Duitse regering* stelt voor, deze vragen bevestigend te beantwoorden en voert daartoe de volgende argumenten aan:

— § 613a BGB, zoals uitgelegd door het Bundesarbeitsgericht, vormt een gunstiger bepaling voor de werknemer in de zin van artikel 7 van de richtlijn. Volgens vaste rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht kan de werknemer zich op grond van § 613a BGB verzetten tegen de overgang van zijn arbeidsovereenkomst op de verkrijger en zijn arbeidsverhouding met de vervreemder handhaven.

Deze bepalingen waarborgen de in de richtlijn bedoelde rechten, maar bieden de werknemer tevens de mogelijkheid te kiezen tussen de vorige en de nieuwe werkgever.

Het gunstige van deze bepalingen is al bijzonder duidelijk bij de overgang van slechts een deel van de onderneming (vestiging of onderdeel daarvan): de werknemer heeft dan het recht te worden tewerkgesteld in het niet overgedragen deel van de onderneming, als daar een post vrij is. Zelfs bij overdracht van de gehele onderneming kan de werknemer er belang bij hebben de betrekkingen met zijn vorige werkgever te handhaven, met name in geval van pensionering (solventie van de werkgever wanneer deze debiteur is van de door de werknemer verworven rechten; weigering van verandering van werkgever vóór beëindiging van de beroepsactiviteit), of wanneer de arbeidsovereenkomst een concurrentiebeding bevat.

— Het recht van de werknemer op handhaving van de bestaande arbeidsverhouding beantwoordt aan een algemeen beginsel van het Duitse recht, namelijk dat de overdracht van een contractuele rechtsbetrekking de instemming van alle partijen verlangt; artikel 7 van de richtlijn maakt het mogelijk dit beginsel te eerbiedigen.

— Het recht van de werknemer sluit eveneens aan op de beginselen van persoonlijke vrijheid en van vrije beroepskeuze, die in het Grundgesetz zijn verankerd en door het Hof zijn erkend (zie arrest van 14 mei 1974, zaak 4/73, Nold, Jurispr. 1974, blz. 491). Dit recht vloeit ook voort uit het in artikel 4, lid 2, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens neergelegde principiële verbod van dwangarbeid.

— Het recht van bezwaar is geen miskenning van de in de richtlijn bedoelde rechten, doch een alternatieve vorm van bescherming van de arbeidsverhouding. Het is derhalve niet in strijd met de door het Hof in zijn arrest van 10 februari

1988 (Daddy's Dance Hall, reeds aangehaald) verkondigde beginselen.

— Indien een keuzerecht wordt beschouwd als een begunstiging in de zin van de richtlijn, moet deze keuze betrekking kunnen hebben op de voortzetting van de arbeidsverhouding met de vervreemder.

2. De *Commissie* stelt eveneens voor, de gestelde vragen bevestigend te beantwoorden.

Wel merkt zij op, dat het beschikken over een extra keuze stellig als gunstiger voor de werknemer kan worden beschouwd, ten minste als hij van die mogelijkheid ook het beste gebruik maakt, maar men kan zich evenzeer op het standpunt stellen, dat die mogelijkheid voor hem het risico van ontslag inhoudt, hetgeen in strijd is met de in richtlijn beoogde handhaving van de arbeidsverhouding.

Doch uit het arrest van 11 juni 1985 (zaak 105/84, Danmols Inventar, Jurispr. 1985, blz. 2639, r. o. 16) volgt, dat de doelstelling van de richtlijn geenszins belet, dat de werknemer zelf besluit niet bij de nieuwe ondernemer te werken, en aldus afziet van de hem geboden bescherming. In het licht van dit arrest dient men rechtsoverweging 12 van het arrest van 25 juli 1991 (D'Urso, reeds aangehaald) te lezen, volgens welke bij overgang van een onderneming een arbeidsverhouding met de vervreemder niet in stand kan blijven.

Het door het Arbeitsgericht Hamburg in zijn verwijzingsbeschikkingen genoemde arrest van 5 mei 1988 (Berg, reeds aangehaald) staat evenmin als het arrest van 10 februari 1988 (Daddy's Dance Hall, reeds aangehaald) aan deze oplossing in de weg. Immers, in de zaak Berg ging het om de vraag of de overgang van de rechten afhangt van de instemming van de werknemer, en in de zaak Daddy's Dance Hall om de mogelijkheid voor de werknemer slechts van bepaalde rechten af te zien.

Men mag aannemen dat het recht van bezwaar van de werknemer „gunstiger" in de zin van artikel 7 van de richtlijn is, indien het in alle gevallen een verbetering van de rechtspositie van de werknemer betekent met het oog op de doeleinden van de richtlijn (handhaving van de bestaande arbeidsverhouding en bescherming tegen ontslag). Hiertoe dienen ten minste vier voorwaarden te zijn vervuld:

1) het risico van ontslag voor de werknemer is even groot bij de vervreemder als bij de verkrijger;

2) de vervreemder is verplicht zijn arbeidsverhouding met de werknemer te handhaven;

3) de arbeidsverhouding wordt gehandhaafd onder de bij de overgang bestaande voorwaarden;

4) de vervreemder mag de werknemer niet alleen wegens de overgang ontslaan.

De Commissie merkt op, dat de eerste voorwaarde bijzonder moeilijk te beoordelen is en dat het systeem dus lastig hanteerbaar is.

Bovendien zou een dergelijke opvatting, die de Commissie „paternalistisch" noemt, indruisen tegen het beginsel, dat een werknemer niet kan worden gedwongen in dienst van een werkgever te blijven. Dit beginsel is neergelegd in de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht, volgens hetwelk geen enkele werknemer een algemene of bijzondere bescherming van zijn verworven rechten kan worden opgedrongen.

Men mag aannemen, dat de werknemer geen gebruik zal maken van zijn recht van bezwaar wanneer hij ernstig risico loopt door de vervreemder te worden ontslagen; en zelfs wanneer hij wordt ontslagen, bevindt hij zich niet in een ongunstiger positie dan degeen die besluit zijn arbeidsovereenkomst met de vervreemder of verkrijger te verbreken (arrest van 11 juli 1985, Danmols Inventar, reeds aangehaald).

Hoogstens zou men het recht van bezwaar kunnen beperken tot het geval dat de vervreemder ten minste nog één andere onderneming heeft die de werknemer kan opnemen; zoals het Bundesarbeitsgericht echter in zijn arrest van 6 februari 1980 heeft beslist, kan de werknemer belang hebben bij handhaving van de betrekkingen met de vervreemder, zelfs wanneer de overgedragen onderneming diens enige onderneming is, met name wanneer de werknemer met pensioen gaat of aan een concurrentiebeding is gebonden.

De Commissie is dan ook van mening, dat niets belet het in de nationale wetgeving opgenomen recht van bezwaar te beschouwen als een „gunstiger bepaling" voor de werknemer in de zin van artikel 7 van de richtlijn.

3. *Skreb* en *Schroll,* verzoekers in het hoofdgeding in de zaken C-138/91 en C-139/91, menen eveneens dat de vragen van het Arbeitsgericht Hamburg bevestigend zijn te beantwoorden. Zij stellen als antwoord voor:

„De toekenning aan de werknemer van een recht van bezwaar tegen de overgang van de arbeidsverhouding op de verkrijger bij overgang van de onderneming vormt een gunstiger wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling in de zin van artikel 7 van richtlijn 77/187/EEG."

Zij verwijzen in dit verband vooraf naar een zeer uitvoerig vonnis van 14 februari 1991 van het Arbeitsgericht Hamburg (zaak 25b Ca 358/90), volgens hetwelk het recht van bezwaar naar Duits recht een gunstiger bepaling voor de werknemers in de zin van artikel 7 van de richtlijn vormt, en waarbij een vordering is toegewezen die door een van de werknemers van PCO was ingesteld tegen een hem aangezegd ontslag na zijn bezwaar tegen de overgang van zijn arbeidsverhouding op Tiedemann.

Artikel 3 van de richtlijn verschaft de werknemers echter geen enkel recht zich tegen de overgang van de onderneming te verzetten, zoals het Hof in zijn arrest van 5 mei 1988 (Berg, reeds aangehaald) heeft geoordeeld.

Verzoekers in het hoofdgeding stellen vervolgens, dat de bepalingen van § 613a BGB, in de uitlegging van het Bundesarbeitsgericht, gunstiger bepalingen voor de werknemer in de zin van artikel 7 van de richtlijn zijn.

Volgens vaste rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht vóór de opneming van § 613a in het BGB (bij § 122 van het „Betriebsverfassungsgesetz" van 15 januari 1972), welke rechtspraak nadien is bevestigd (met name na de wijziging van § 613a bij het „Gesetz über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen am Arbeitsplatz und über die Erhaltung von Ansprüchen bei Betriebsübergang" van 21 augustus 1980 tot uitvoering van richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977) kan de arbeidsverhouding, en niet alleen de afzonderlijke rechten en verplichtingen, niet zonder instemming van de werknemer op een andere werkgever worden overgedragen. Het Bundesarbeitsgericht heeft constant en in al zijn kamers het aldus aan de werknemer toegekende recht van bezwaar gebaseerd op de grondbeginselen van het Duitse recht, en met name op de in artikel 12 Grundgesetz verankerde beroepsvrijheid.

Volgens verzoekers in het hoofdgeding vormt deze uitlegging, waarvan de gegrondheid hier niet in geding is, een „gunstiger wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" in de zin van artikel 7 van de richtlijn.

In de eerste plaats is iedere uitbreiding van beslissingsmogelijkheden gunstiger voor de werknemer dan het volstrekt ontbreken van enige keuze.

Dank zij zijn recht van bezwaar kan de werknemer, voor zover mogelijk, door dezelfde werkgever op gelijkaardige of identieke voorwaarden tewerkgesteld blijven. In de praktijk is het recht van bezwaar van groot belang, wanneer er arbeidsmogelijkheden zijn in niet overgedragen delen van de onderneming, wanneer de werknemer denkt dat de nieuwe werkgever zijn verplichtingen op korte termijn niet meer zal kunnen nakomen, zodat hij zijn baan in geval van overdracht dreigt te verliezen, of wanneer de overdracht alleen ten doel heeft onrendabele, naar faillissement afglijdende eenheden af te stoten om de kosten van een ontslagregeling te besparen.

In de tweede plaats is het recht van bezwaar niet in strijd met artikel 3 van de richtlijn, dat beoogt te voorkomen dat werknemers hun arbeidsplaats verliezen of door de overgang van de onderneming hun arbeidsvoorwaarden zien verslechteren. Krachtens de geldende Duitse rechtsbepalingen behoudt de werknemer de in artikel 3 van de richtlijn geregelde waarborg en heeft hij bovendien de mogelijkheid desgewenst bij zijn vorige werkgever te blijven. Deze bepalingen doen voor de werknemer geen enkel subjectief of objectief recht teloorgaan, maar verruimen integendeel zijn arsenaal van juridische mogelijkheden.

In de derde plaats sluit het recht van bezwaar aan bij de doeleinden van de richtlijn, die luidens het arrest van het Hof van 5 mei 1988 (Berg, reeds aangehaald) beoogt te verzekeren, dat „de werknemers, in geval van wijziging in de persoon van het hoofd van de onderneming, hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven", maar die niet „de voortzetting van de arbeidsovereenkomst of-verhouding met de vervreemder [beoogt], indien de in de onderneming aangestelde werknemers niet in dienst van de verkrijger willen blijven". Juist hierop heeft volgens de doctrine het Duitse recht het oog, door de werknemer de mogelijkheid te geven zich tegen de overgang van de arbeidsverhouding op de verkrijger te verzetten.

In de vierde plaats zijn de bepalingen van artikel 3, lid 1, van de richtlijn inhoudelijk slechts dwingend voor de werkgevers en niet voor de werknemers, die de voorkeur kunnen geven aan andere door het nationale recht geboden mogelijkheden indien hun belangen daarmee beter zijn gediend.

In de vijfde plaats heeft het Bundesarbeitsgericht in zijn uitspraak van 6 februari 1980 (AP nr. 21 ad § 613a BGB, punt II, paragraaf 2, sub a) geoordeeld:

„Het is evenwel niet nodig definitief uitspraak te doen over de strekking van artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG. Artikel 7 van de richtlijn laat de Lid-Staten van de Europese Gemeenschap vrij gunstiger bepalingen voor de werknemers toe te passen of in te voeren. De Duitse rechtsbehandeling die de werknemer een recht van bezwaar toekent, is een gunstiger bepaling voor de werknemer en alleen al om die reden niet in strijd met het gemeenschapsrecht."

Skreb en Schroll stellen ten slotte, dat een jurisprudentiële tekstuitlegging een „wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling" is in de zin van artikel 7 van de richtlijn. Algemeen wordt aangenomen, dat de in artikel 100 EEG-Verdrag bedoelde harmonisatie van nationale wetgevingen betrekking heeft op alle rechtsregels van de Lid-Staten, dat wil zeggen zowel het geschreven als het ongeschreven recht evenals wetten in materiële zin, en dat de omzetting van een richtlijn in nationaal recht zowel bij wet als door rechtersrecht kan geschieden. Het aan de Duitse werknemers toegekende recht van bezwaar is geen zuivere rechtsschepping, daar de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht op bestaande bepalingen (§§ 415 en 612 BGB en artikel 12 Grundgesetz) steunt; en zelfs al zou het een zuivere rechtsschepping zijn, dan nog moet die worden beschouwd als een „bepaling" in de zin van artikel 7 van de richtlijn, zoals het Arbeitsgericht Hamburg in zijn vonnis van 14 februari 1991 (zaak 25b Ca 358/90, reeds aangehaald) heeft beslist.

C — *De derde en de vierde vraag van het Arbeitsgericht Bamberg*

— De *Commissie*, de twee vragen samennemend, stelt voor te antwoorden, dat de in de rechtspraak van een Lid-Staat ontwikkelde beginselen onder het hoofd „gunstiger wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen" in de zin van artikel 7 van de richtlijn vallen.

Bij de gestelde vragen gaat het niet om de omzetting van de richtlijnbepalingen in Duits recht, maar om de gebruikmaking door een Lid-Staat van een in de richtlijn geboden keuzemogelijkheid.

Naar de mening van de Commissie kunnen rechtsbeginselen die voortkomen uit de vaste rechtspraak van een hoogste rechterlijke instantie, zeer zeker „gunstiger bepalingen" in de zin van artikel 7 van de richtlijn vormen.

— De *Duitse regering* beantwoordt de twee vragen afzonderlijk.

Zij stelt voor, de derde vraag ontkennend te beantwoorden. Enerzijds dwingt de tekst zelf van artikel 7 niet tot een restrictieve uitlegging. Anderzijds zou een dergelijke uitlegging in strijd zijn met de geest van de richtlijn.

De vierde vraag zou zij bevestigend willen beantwoorden.

De uitlegging door de rechter en de betrokken tekst vormen immers een geheel en, juridisch gezien, mag men geen onderscheid maken al naargelang het „gunstige" karakter van de bepaling voortvloeit uit de letter van de tekst of uit de uitlegging daarvan door de rechter.

F. Grévisse
rechter-rapporteur