CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER

van 8 juli 1999 *

1. Krachtens artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG) heeft het Industrial Tribunal, Leeds (Verenigd Koninkrijk), aan het Hof twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van richtlijn 77/187/EEG [1] inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen. In wezen wenst het Tribunal te vernemen, of er van overgang in de zin van deze richtlijn sprake kan zijn wanneer de transactie plaatsvindt tussen twee vennootschappen die niet alleen tot dezelfde groep behoren, maar eveneens dezelfde eigenaar, dezelfde directie en gemeenschappelijke gebouwen hebben en die, voor een deel, dezelfde werkzaamheden uitvoeren.

I — De feiten van het hoofdgeding

2. Het geding waarin de vraag betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht is gesteld, begon met een actie van een aantal werknemers die het Industrial Tribunal, Leeds, verzochten om met toepassing van artikel 11 van de Employment Protection (Consolidation) Act 1978 (wet van 1978 betreffende de bescherming van de werkgelegenheid), vast te stellen welke arbeidsvoorwaarden voor hen bij de vennootschap Amalgamated Construction Co. Ltd (hierna: „ACC"), verweerster, golden. Ter beantwoording van die vraag moet die rechterlijke instantie beslissen, of de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (regeling inzake de bescherming van de werknemers bij overgang van ondernemingen), die richtlijn 77/187 in nationaal recht moest omzetten, op dit geding van toepassing is.

3. Volgens de in de verwijzingsbeschikking vervatte inlichtingen, vond na de nationalisatie van de steenkoolindustrie de ondergrondse winning in deze sector grotendeels door British Coal plaats. In den beginne werden de bouwkundige werkzaamheden, die nodig waren om de delfstoffen te bereiken en te winnen, door de mijneigenaar zelf uitgevoerd, die daarvoor zijn eigen personeel inzette. Later liet hij die werkzaamheden uitvoeren door externe aannemersbedrijven.

4. ACC is een van die aannemers. Zij is al gedurende 25 jaar in de mijnindustrie werkzaam. Zij heeft voornamelijk voor British Coal gewerkt en vervolgens voor RJB Mining (UK) Ltd (hierna: „RJB"), toen

* Oorspronkelijke taal: Spaans.

1 — Richtlijn van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB L 61, blz. 26).

die onderneming enkele activa van British Coal verwierf nadat laatstgenoemde in 1994 was geprivatiseerd. ACC is een 100 % dochtermaatschappij van AMCO Corporation plc (hierna: „AMCO"). Deze bezit een andere volledige dochtermaatschappij, AM Mining Services Ltd (hierna: „AMS"). Van de AMCO-groep maakt een tiental andere vennootschappen deel uit. De groep bezit gemeenschappelijke kantoren waar een aantal zaken centraal voor de dochtermaatschappijen wordt geregeld, zoals personeelszaken, de salarisadministratie en de boekhouding.

5. De activiteit van ACC bestaat voornamelijk uit de aanleg van ondergrondse gangen en het boren van tunnels. In deze sector bestaat concurrentie en de werkzaamheden worden bijna altijd opgedragen via aanbestedingen, waarbij geen enkele garantie bestaat dat de mijneigenaar de opdracht wederom verleent aan de onderneming die het lopende contract uitvoert. Het is nochtans duidelijk, dat de contracten meestal worden verlengd, al was het maar omdat de mijneigenaar met de aannemer ervaring heeft opgedaan en zich realiseert dat er alsdan geen overgangsperiode tussen de oude en de nieuwe contracten zal ontstaan, zodat de continuïteit van de werkzaamheden is verzekerd. In de verwijzingsbeschikking verklaart het Industrial Tribunal, dat ACC bij een nieuwe aanbesteding nog nooit een contract is misgelopen.

6. AMS, de andere dochtermaatschappij die bij het onderhavige geding is betrokken, bestaat daarentegen veel korter. Zij is in 1993 opgericht om met andere aannemers te concurreren voor werkzaamheden in verband met de sluiting van de mijnen, zoals het opvullen van schachten, maar in beginsel zou zij niet, zoals ACC, boorwerkzaamheden verrichten. Toen zij met deze werkzaamheden begon, was zij een afzonderlijke rechtspersoon met eigen werknemers en met eigen arbeidsvoorwaarden. Zij is erin geslaagd nieuwe opdrachten te verwerven en uit te voeren, en zij had in 1993 ongeveer 150 werknemers.

7. De duur van de verschillende werken was in de desbetreffende contracten gepreciseerd. Bij de toekenning van een opdracht was de duur ervan dus bekend en in verband daarmede werd het personeel voorzichtigheidshalve al ontslag aangezegd. Sommige verzoekers hebben enkele jaren lang onder die precaire condities gewerkt.

Toen in de herfst van 1994 een aantal opdrachten bijna was uitgevoerd, stelde ACC de bevoegde instantie, alsmede de National Union of Mineworkers (hierna: „NUM")[2], de vakbond die de meeste betrokken werknemers vertegenwoordigde, in kennis van 92 eventuele ontslagen wegens economische redenen.

8. In augustus 1994 organiseerde British Coal een aanbesteding voor de gunning van

2 — De nationale rechter vermeldt in zijn beschikking, dat hoewel ACC en de AMCO-groep geweigerd hebben de NUM te erkennen, volgens hem is aangetoond dat de NUM gedurende een aantal jaren in de praktijk is behandeld alsof zij was erkend. Hij stelt dat niet is in te zien, waarom verweerster het nodig zou hebben moeten vinden om de NUM door middel van het wettelijk voorgeschreven formulier van de ontslagen in kennis te stellen, indien zij deze niet als vakbond erkende.

een opdracht voor een groot aantal boorwerkzaamheden in de Prince of Wales-mijn. ACC was van mening, dat zij alleen met andere aannemers kon concurreren indien haar offerte zou zijn gebaseerd op aanzienlijk lagere arbeidskosten dan bij eerdere opdrachten het geval was. Zij diende daarom een offerte in, waarin was vermeld dat het contract niet door haar eigen werknemers zou worden uitgevoerd maar door die van AMS, wier arbeidsvoorwaarden overeenkwamen met die van de werknemers van andere concurrenten. [3]

ACC verkreeg de opdracht en droeg haar rechten aan AMS over. [4] Als gevolg van deze overdracht was er niet meer voldoende werk voor alle werknemers van ACC; een aantal van hen werd ontslag aangezegd doch hen werd medegedeeld, dat zij na een onderbreking van een weekend door AMS konden worden overgenomen. [5]

9. Eind maart 1995 liep een andere aan ACC toegekende en door haar eigen personeel uitgevoerde opdracht af; opnieuw werden het Ministerie van Werkgelegenheid en de NUM in kennis gesteld van de beoogde ontslagen wegens economische redenen. [6] Op dat tijdstip gaf RJB nieuwe opdrachten aan ACC naar aanleiding van op de arbeidsvoorwaarden van AMS gebaseerde offertes. Ook nu werden de door ACC ontslagen werknemers zonder onderbreking door AMS in dienst genomen op grond van de bij haar geldende arbeidsvoorwaarden, waarbij zij die daarvoor in aanmerking kwamen, van ACC een ontslagvergoeding ontvingen. Ook in dat geval ging het, hoewel de wijziging verband hield met het nieuwe contract, om dezelfde ondergrondse werkzaamheden, zodat er geen sprake was van een werkelijke onderbreking tussen de twee opdrachten. [7]

10. Enige tijd later gaf RJB blijk van haar bezorgdheid over de door verschillende aannemers, waaronder AMS, gehanteerde arbeidsvoorwaarden en van de verslechtering daarvan. Volgens RJB waren de werknemers van deze aannemers in het algemeen gedemotiveerd, wellicht omdat hun arbeidsvoorwaarden aanzienlijk minder gunstig waren dan die waaraan zij gewend waren. Daarom stuurde de mijneigenaar

3 — Zowel British Coal als RJB waren op de hoogte van het voornemen van ACC om haar contractuele rechten aan AMS over te dragen. Al voor de aanbesteding hadden besprekingen met British Coal en RJB over dit onderwerp plaatsgehad en ofschoon deze er geen enkel bezwaar tegen hadden dat AMS onderaannemer zou worden, gaven zij er de voorkeur aan dat ACC zelf inschreef.

4 — Zoals gebruikelijk in de mijnindustrie, werden de machines en installaties grotendeels door de mijneigenaar ter beschikking gesteld. Als onderaannemer kon AMS de machines die reeds ter beschikking van ACC stonden, gebruiken, evenals andere installaties en machines die aan ACC toebehoorden, zonder daarvoor enige vergoeding te betalen.

5 — Op dit punt acht het Industrial Tribunal op grond van hem voorgelegde bewijsstukken aangetoond, dat de werknemers door de enkele mededeling dat zij van ACC naar AMS overgingen, van deze verandering in kennis werden gesteld. Zij werden niet formeel opnieuw in dienst genomen op basis van een sollicitatiegesprek of enige andere formaliteit die mocht worden verwacht indien er sprake was geweest van een werkelijke onderbreking tussen de twee dienstbetrekkingen. Zij die van ACC naar AMS overgingen ontvingen evenwel een ontslagvergoeding, berekend op basis van hun anciënniteit bij ACC en zij werden door AMS in dienst genomen tegen de aldaar geldende arbeidsvoorwaarden, die veel ongunstiger waren dan de arbeidsvoorwaarden bij ACC.

6 — Het is lang geleden dat Sir Harold Macmillan, eerste graaf van Stockton en Britse eerste minister van 1957 tot 1963, kon zeggen: „There are three bodies no sensible man directly challenges: the Roman Catholic Church, the Brigade of Guards and the National Union of Mineworkers." *The Observer*, 22 februari 1981.

7 — Het Industrial Tribunal verklaart, dat, los van de begin- en einddata van de opdrachten, de voorbereidende en afsluitende werkzaamheden aan het begin en aan het einde van de opdrachten elkaar in werkelijkheid overlapten en dat het moeilijk was om voor die periode uit te maken, of een werknemer in het kader van de oude dan wel de nieuwe opdracht werkte en of hij voor ACC dan wel voor AMS werkte. Dit klemt temeer, omdat het dagelijks bestuur in die mijn in handen was van bestuurders van ACC die het personeel inzetten, afhankelijk van de actuele behoeften.

aan alle aannemers een rondschrijven met het verzoek hun werknemers een minimumaantal vakantiedagen toe te kennen en ook andere aspecten van hun arbeidsvoorwaarden te verbeteren. Als gevolg van deze wijzigingen verminderde de voorsprong van enkele concurrenten van ACC en RJB gaf te verstaan, dat het aanbeveling zou verdienen indien in de toekomst ACC en niet AMS de contracten zou uitvoeren.

11. ACC nam deel aan nieuwe aanbestedingen voor werkzaamheden in dezelfde mijn. Haar offertes weerspiegelden de wijzigingen die in de arbeidsvoorwaarden waren aangebracht, alsmede dat zij niet meer van plan was onderaannemingscontracten met AMS af te sluiten. Zij had evenwel personeel nodig, omdat zij een groot deel van haar personeel had ontslagen toen zij eerdere contracten aan AMS overdroeg. Zij nam geen werknemers van buiten in dienst, maar sloot, tegen de destijds geldende arbeidsvoorwaarden, contracten met de werknemers die bij AMS hadden gewerkt en voor wie er een eind kwam aan hun werk. Deze arbeidsvoorwaarden waren in verschillende opzichten beter dan die bij AMS, maar niet zo gunstig als de voorwaarden die vóór 1994 bij haar golden. [8]

8 — Zoals A. Smith in 1776 al opmerkte: „What are the common wages of labour, depends everywhere upon the contract usually made between those two parties, whose interests are by no means the same. The workmen desire to get as much, the masters to give as little as possible. The former are disposed to combine in order to raise, the latter in order to lower the wages of labour. It is not, however, difficult to foresee which of the two parties must, upon all ordinary occasions, have the advantage of the dispute, and force the other into a compliance with their terms". *An Inquiry into the Nature and causes of the wealth of Nations*. Uitgave A. Skinner, Pelican Classics, 1979, blz. 169.

12. Verzoekers in het hoofdgeding zijn 23 mijnwerkers die tot hun ontslag voor ACC hebben gewerkt, vervolgens op ongunstigere voorwaarden door AMS in dienst zijn genomen en na door deze laatste vennootschap te zijn ontslagen, wederom door ACC zijn aangeworven.

II — De prejudiciële vragen

13. Teneinde dit geding te kunnen beslechten, heeft het Industrial Tribunal, Leeds, de behandeling van de zaak geschorst en aan het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Kan de richtlijn verworven rechten (77/187/EEG) toepassing vinden op twee vennootschappen die tot eenzelfde groep behoren en dezelfde eigenaars, dezelfde directie en dezelfde gebouwen hebben en dezelfde werkzaamheden uitvoeren, of zijn die vennootschappen voor de toepassing van de richtlijn te beschouwen als een en dezelfde onderneming? Kan er inzonderheid sprake zijn van een overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn, wanneer een groot deel van het personeel van vennootschap A naar vennootschap B binnen dezelfde groep vennootschappen overgaat?

2) Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord, op grond van

welke criteria wordt dan bepaald, of een dergelijke overgang heeft plaatsgevonden? Is er inzonderheid sprake van een dergelijke overgang wanneer:

a) de betrokken werknemers gedurende bepaalde tijd door vennootschap A, beweerdelijk op grond van gebrek aan arbeidsplaatsen, zijn ontslagen en hun werk is aangeboden bij de tot dezelfde groep behorende vennootschap B, die geografisch gescheiden werkzaamheden of een deel van de werkzaamheden van vennootschap A verricht, te weten het boren van mijngangen;

b) tussen vennootschap A en B geen overgang van gebouwen, directie, infrastructuur, materieel of activa heeft plaatsgevonden en de meeste belangrijke activa die de vennootschappen voor het boren van de hoofdgangen gebruiken, worden geleverd door een derde partij, namelijk de mijnexploitant;

c) vennootschap A de enige contractpartij blijft tegenover de derde, de klant, die haar een opdracht heeft gegeven voor bouwwerkzaamheden op ‚continu' basis;

d) de overgang van de werknemers van vennootschap A naar vennootschap B nauwelijks of in het geheel niet is samengevallen met het begin en/of het einde van de overeenkomsten voor de uitvoering van de werkzaamheden;

e) vennootschap A en vennootschap B dezelfde directie en dezelfde gebouwen delen;

f) de werknemers na hun indienstneming door vennootschap B zowel voor vennootschap A als voor vennootschap B werkzaamheden verrichten, afhankelijk van de behoeften van de plaatselijke directie die voor beide ondernemingen verantwoordelijk is;

g) de werkzaamheden ononderbroken zijn uitgevoerd, zonder dat er op enig tijdstip sprake is geweest van een opschorting van de activiteiten of een wijziging van de wijze van uitvoering ervan?"

III — Het gemeenschapsrecht

14. Het Industrial Tribunal, Leeds, verzoekt niet om uitlegging van één bepaald artikel, doch spreekt van richtlijn 77/187 in haar geheel. Gezien de tekst van de vragen,

dient het Hof aandacht te besteden aan de volgende artikelen:

Artikel 1

„1. 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.

(...)"

Artikel 3

„(...)

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, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

(...)"

Artikel 4

„1. De overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen.

(...)"

IV — De procedure voor het Hof

15. Binnen de termijn van artikel 20 van 's Hofs Statuut EG zijn in het kader van de onderhavige procedure schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekers en de verwerende vennootschap in het hoofdgeding, door de regering van Frankrijk en van het Verenigd Koninkrijk en door de Commissie.

De vertegenwoordigers van verzoekers en van de verwerende vennootschap in het hoofdgeding, de vertegenwoordiger van de regering van het Verenigd Koninkrijk en die

van de Commissie zijn ter terechtzitting van 16 juni 1999 verschenen en hebben aldaar mondelinge opmerkingen gemaakt.

V — Onderzoek van de prejudiciële vragen

16. Door middel van de twee door hem gestelde vragen, die mijns inziens gezamenlijk moeten worden onderzocht, wenst het Industrial Tribunal, Leeds, in wezen te vernemen, of er sprake kan zijn van overgang van een onderneming, een vestiging of onderdelen daarvan in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 tussen twee vennootschappen van eenzelfde groep, die dezelfde eigenaar, dezelfde directie en gemeenschappelijke gebouwen hebben en die dezelfde activiteit uitoefenen, wanneer de ene haar personeel voor een groot deel aan de andere overdraagt; op basis van welke criteria een dergelijke overgang kan worden aangenomen, en of onder de omstandigheden van dit geval een dergelijke overgang heeft plaatsgehad.

17. Ik moet om te beginnen preciseren, dat het niet aan het Hof staat om te beslissen, of er in het onderhavige geval al dan niet een overgang heeft plaatsgehad. Die taak rust op de rechter die het hoofdgeding moet beslechten en die daartoe rekening moet houden met de door het Hof in zijn arrest verschafte uitleggingsgegevens.

18. Dit is de eerste keer, dat aan het Hof een vraag wordt voorgelegd over de uitlegging van richtlijn 77/187 in het kader van een veronderstelde overgang die tussen eenzelfde groep behorende vennootschappen is tot stand gekomen.

Met uitzondering van verweerster zijn al degenen die in de onderhavige procedure opmerkingen hebben ingediend, het erover eens dat het feit dat de overgang van een onderneming, een vestiging of onderdelen daarvan tot stand komt tussen vennootschappen van eenzelfde groep, niet in de weg staat aan de toepassing van richtlijn 77/187. Ik kan nu al verklaren, dat ik mij met die opvatting kan verenigen, al was het maar omdat de richtlijn deze mogelijkheid niet uitsluit en omdat — aangezien die vennootschappen, zoals alle andere, heel wel bij overeenkomst of fusie kunnen worden overgedragen — er geen enkele reden bestaat om hun werknemers uit te sluiten van de door de richtlijn verleende bescherming. Maar dit zijn niet de enige redenen, zoals ik hierna zal uiteenzetten.

19. Richtlijn 77/187 is door de Raad aangenomen op basis van artikel 100 EG-Verdrag (thans artikel 94 EG) om de stabiliteit van de werkgelegenheid bij verandering van ondernemer te verzekeren, in het bijzonder om het behoud van de rechten van de werknemers veilig te stellen.

In de considerans van de richtlijn wordt erkend, dat er tussen de lidstaten verschillen bestaan in de reikwijdte van de bescherming die op dit gebied aan de werknemers

wordt geboden, alsmede dat het dienstig is die verschillen te reduceren, omdat zij van directe invloed kunnen zijn op het functioneren van de gemeenschappelijke markt. De vaststelling van de richtlijn was reeds voorzien in de resolutie van de Raad van 21 januari 1974 betreffende een sociaal actieprogramma.[9] Haar doelstelling is voornamelijk geformuleerd in artikel 3, lid 1, bepalende dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsverhouding aan de verkrijger worden overgedragen, alsmede in artikel 4, lid 1, dat bepaalt dat de overgang op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag vormt.

20. Het Hof heeft in zijn rechtspraak bevestigd, dat richtlijn 77/187 beoogt te verzekeren, dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten zoveel mogelijk 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.[10] Met de richtlijn wordt echter niet beoogd, op basis van gemeenschappelijke criteria een uniforme bescherming voor de hele Gemeenschap in te voeren. Op de richtlijn kan dus slechts een beroep worden gedaan om te verzekeren dat de werknemer jegens de verkrijger dezelfde bescherming geniet als waarop hij ingevolge het recht van de betrokken lidstaat aanspraak had jegens de vervreemder.[11]

21. Volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 is zij 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. In de overige artikelen wordt niet gepreciseerd, wat moet worden verstaan onder onderneming, vestiging, onderdeel van een vestiging, ondernemer en overdracht krachtens overeenkomst. Het is het Hof dat in talloze arresten een communautaire inhoud aan die begrippen heeft gegeven.[12]

22. Richtlijn 98/50/EG[13], die belangrijke wijzigingen in de tekst van richtlijn 77/187 heeft aangebracht, bevat al enkele definities die de betekenis ervan verdiepen en aanvullen, waaronder de definities van „overgang"[14], „onderneming"[15] en „werknemer"[16], waarin de rechtspraak van het Hof wordt gecodificeerd. De lidstaten behoeven echter niet voor 17 juli 2001 richtlijn 98/50

9 — PB C 13, blz. 1.

10 — Arresten van 17 december 1987, Ny Molle Kro (287/86, Jurispr. blz. 5465, punt 12), en 10 februari 1988, Daddy's Dance Hall (324/86, Jurispr. blz. 739, punt 9).

11 — Arrest Daddy's Dance Hall, aangehaald in voetnoot 10, punt 16, en arrest van 11 juli 1985, Danmols Inventar (105/84, Jurispr. blz. 2639, punt 26).

12 — Het Hof heeft zich al in 29 gevallen over richtlijn 77/187 uitgesproken, zowel in prejudiciële zaken als in nietnakomingsprocedures tegen lidstaten.

13 — Richtlijn van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van richtlijn 77/187/EEG (PB L 201, blz. 88).

14 — Volgens punt 4 van de overwegingen van de considerans van richtlijn 98/50 vergden de rechtszekerheid en de juridische transparantie een verduidelijking van het begrip overgang in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie, maar die verduidelijking wijzigt niet de werkingssfeer van richtlijn 77/187. Het begrip „overgang" in de zin van de gewijzigde richtlijn 77/187 komt voor in artikel 1, lid 1, sub b: „(...) wordt als overgang beschouwd de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan".

15 — Volgens artikel 1, lid 1, sub c, van de gewijzigde richtlijn 77/187 zijn haar bepalingen van toepassing op openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. Een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten is geen overgang in de zin van deze richtlijn.

16 — Volgens artikel 2, lid 1, sub d, van de gewijzigde richtlijn 77/187 wordt onder „werknemer" verstaan iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer.

in hun nationaal recht om te zetten. Daarom moet ik mij ter beantwoording van de door het Industrial Tribunal, Leeds, gestelde prejudiciële vragen op de rechtspraak baseren en niet op die tekst.

23. Het Hof heeft er al heel spoedig van afgezien, afzonderlijke definities te geven van de begrippen die in richtlijn 77/187 worden gebruikt om te omschrijven wat het voorwerp van een overgang naar een andere ondernemer kan zijn, te weten „ondernemingen", „vestigingen" of „onderdelen van vestigingen". In plaats daarvan heeft het het nieuwe begrip „economische entiteit" gecreëerd.

24. In het arrest Spijkers [17] heeft het Hof geoordeeld, dat richtlijn 77/187 ten doel heeft, ook bij verandering van ondernemer de continuïteit van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen te waarborgen, en dat voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn, het beslissende criterium is, of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft. Het Hof heeft daaraan toegevoegd, dat het, voor de beslissing of het gaat om de vervreemding van een nog lopend bedrijf, van fundamentele betekenis is dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten wordt voortgezet of hervat.

25. In latere beslissingen heeft het Hof het begrip economische entiteit nader uitgewerkt. In het arrest Rygaard [18] heeft het verklaard dat, wil de richtlijn van toepassing zijn, de overgang betrekking moet hebben op een economische entiteit, die duurzaam is georganiseerd en waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt. In het arrest Süzen [19] heeft het Hof daaruit afgeleid, dat het begrip entiteit verwijst naar een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.

26. Het begrip werknemer wiens arbeidsverhouding wordt beschermd door richtlijn 77/187 bij overgang van de economische entiteit waarvoor hij werkt, is gedefinieerd in de arresten Danmols Inventar [20] en Redmond Stichting. [21] Als zodanig wordt beschouwd iedere persoon die op grond van het nationale recht een zij het ook maar beperkte bescherming tegen ontslag geniet. Ingevolge de richtlijn mag hem deze bescherming niet wegens het enkele feit

17 — Arrest van 18 maart 1986 (24/85, Jurispr. blz. 1119, punten 11 en 12).

18 — Arrest van 19 september 1995 (C-48/94, Jurispr. blz. I-2745, punt 20).

19 — Arrest van 11 maart 1997 (C-13/95, Jurispr. blz. I-1259, punt 13).

20 — Aangehaald in voetnoot 11, punt 27.

21 — Arrest van 19 mei 1992 (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189, punt 18).

van de overgang geheel of gedeeltelijk worden ontnomen. [22]

27. In het arrest Botzen e.a. heeft het Hof onderzocht, of richtlijn 77/187 eveneens de rechten en verplichtingen omvat welke voor de vervreemder voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst met werknemers die, ofschoon niet werkzaam bij het overgedragen onderdeel van de onderneming, wel bepaalde werkzaamheden verrichten met behulp van bedrijfsmiddelen van het overgedragen onderdeel. Zich baserend op het criterium, dat de arbeidsverhouding in hoofdzaak wordt gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld, verklaarde het Hof dat om te beoordelen of die rechten en verplichtingen op grond van richtlijn 77/187 zijn overgegaan, kan worden volstaan met vast te stellen, bij welk onderdeel van de onderneming of de vestiging de betrokken werknemer was aangesteld. [23]

28. Ten aanzien van het antwoord op de vraag, of de arbeidsverhouding op de overgangsdatum moet bestaan, oordeelde het Hof dat, tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald, alleen op de richtlijn een beroep kan worden gedaan door werknemers die op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding hebben, mits de dwingende voorschriften van de richtlijn, die de werknemers beschermen tegen ontslag om de enkele reden van de overgang, worden geëerbiedigd. [24]

29. Aangaande de overgang ten gevolge van overdracht verklaarde het Hof dat wegens de terminologische verschillen tussen de verschillende taalversies van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 en de met betrekking tot dit begrip in de nationale wetgevingen bestaande afwijkende opvattingen, de strekking van de onderhavige bepaling niet uitsluitend op basis van een letterlijke uitlegging kan worden beoordeeld. [25] In het arrest Bork International e.a. [26] heeft het dit begrip nogal soepel uitgelegd opdat het beantwoordt aan het doel van de richtlijn, te weten de bescherming van werknemers bij overgang van hun onderneming: het oordeelde dat de richtlijn van toepassing is telkens wanneer in het kader van de contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming.

30. Bij wijze van voorbeeld en zonder aanspraak op volledigheid: het Hof heeft geoordeeld dat richtlijn 77/187 van toepas-

22 — Arrest van 15 april 1986, Commissie/België (237/84, Jurispr. blz. 1247, punt 13).

23 — Arrest van 7 februari 1985 (186/83, Jurispr. blz. 519, punt 15).

24 — Arresten Ny Molle Kro, aangehaald in voetnoot 10, punt 25, en 15 juni 1988, Bork International e.a. (101/87, Jurispr. blz. 3057, punt 17).

25 — Arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, Jurispr. blz. 469, punten 11-13).

26 — Aangehaald in voetnoot 24, punt 13.

sing is in geval van de overgang van een onderneming in het kader van een surseance van betaling [27]; wanneer de eigenaar de exploitatie van een verpachte onderneming wegens wanprestatie van de pachter weer in eigen hand neemt [28]; wanneer een niet-overdraagbare pacht eindigt en de eigenaar van de betrokken onderneming deze verpacht aan een nieuwe pachter, die de exploitatie zonder onderbreking voortzet met hetzelfde personeel dat voordien bij het einde van de eerste pacht ontslagen was [29]; in geval van de overdracht van een onderneming krachtens een huurkoopovereenkomst en op de teruggave van die onderneming als gevolg van ontbinding van de huurkoopovereenkomst door de rechter [30]; in een situatie waarin, na de opzegging of ontbinding van een overeenkomst tot huur van een onderneming, de eigenaar van de onderneming deze terugneemt en ze vervolgens verkoopt aan een derde die de exploitatie van het bedrijf, die sinds het einde van de huurovereenkomst was gestaakt, kort nadien voortzet met iets meer dan de helft van het personeel dat door de vroegere huurder in de onderneming te werk was gesteld [31]; wanneer in het kader van een procedure van bijzonder bewind van grote ondernemingen in moeilijkheden, is besloten tot voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming onder leiding van een commissaris die met het bijzonder bewind is belast, en zolang dit besluit van kracht blijft [32]; in een situatie waarin een overheidsinstantie besluit de subsidiëring van een rechtspersoon die zich hoofdzakelijk belast met hulpverlening aan verslaafden en wier enige inkomsten uit de subsidies bestaan, te beëindigen, waardoor deze rechtspersoon haar activiteiten volledig en definitief moet staken, om die subsidies vervolgens over te dragen aan een andere rechtspersoon met een soortgelijke doelstelling [33]; wanneer een ondernemer bij overeenkomst een andere onderneming met de exploitatie van een voorheen door hemzelf geëxploiteerde dienst voor de werknemers belast tegen een vergoeding en verschillende voordelen, waarvan de modaliteiten in de tussen hen gesloten overeenkomst worden bepaald [34]; in een situatie waarin een ondernemer die een concessie voor de verkoop van motorvoertuigen binnen een bepaald gebied bezit, zijn activiteiten beëindigt en de concessie vervolgens wordt overgedragen aan een andere onderneming, die een deel van het personeel overneemt en bij de klantenkring

27 — Arrest Abels, aangehaald in voetnoot 25, punt 30; arrest van 7 februari 1985, FNV (179/83, Jurispr. blz. 511, punt 7), en arrest Botzen e.a., aangehaald in voetnoot 23, punt 9. Richtlijn 77/187 is echter niet van toepassing op een overgang in het kader van een faillissementsprocedure, die onder controle van de bevoegde rechterlijke instantie beoogt de vermogensbestanddelen van de overdrager te gelde te maken.

28 — Arrest Ny Molle Kro, aangehaald in voetnoot 10, punt 15.

29 — Arrest Daddy's Dance Hall, aangehaald in voetnoot 10, punt 11.

30 — Arrest van 5 mei 1988, Berg en Busschers (144/87 en 145/87, Jurispr. blz. 2559, punt 20).

31 — Arrest Bork International e.a., aangehaald in voetnoot 24, punt 20.

32 — Arrest van 25 juli 1991, D'Urso e.a. (C-362/89, Jurispr. blz. I-4105, punt 34). Daarentegen is richtlijn 77/187 niet van toepassing bij overgang van ondernemingen in het kader van een procedure van samenloop van schuldeisers als bedoeld in de Italiaanse wettelijke regeling van gedwongen administratieve vereffening, als bedoeld in de wet van 3 april 1979 inzake het onder bijzonder bewind plaatsen van grote ondernemingen in moeilijkheden; die procedure heeft immers, evenals het faillissement, ten doel de vermogensbestanddelen van de schuldenaar te gelde te maken ter collectieve betaling van de schuldeisers.

33 — Arrest Redmond Stichting, aangehaald in voetnoot 21, punt 21.

34 — Arrest van 12 november 1992, Watson Rask en Christensen (C-209/91, Jurispr. blz. I-5755, punt 21). De tussen Philips en ISS gesloten overeenkomst bepaalde, dat deze laatste verantwoordelijk zou zijn voor het beheer van de bedrijfsrestaurants van Philips (in het bijzonder met betrekking tot de planning van de menu's, de inkoop, de bereiding, het vervoer, de administratie, alsmede de aanwerving en de opleiding van het personeel), met overname van het voor Philips werkzame personeel tegen dezelfde voorwaarden aangaande loon en anciënniteit. Philips verbond zich ertoe, aan ISS een maandelijkse vergoeding te betalen ter dekking van de kosten van de normale bedrijfsvoering, alsmede een bedrag voor de kosten van verschillende producten, zoals wegwerpbestekken, verpakking, servetten en schoonmaakartikelen. Tevens stelde Philips gratis de nodige door ISS goedgekeurde productie- en verkooplokalen ter beschikking, alsmede de voor de exploitatie van de kantine benodigde outillage, elektriciteit, verwarming en telefoon en zegde zij toe voor het dagelijks onderhoud van de lokalen en outillage en voor de vuilafvoer te zorgen.

wordt aanbevolen, zonder dat activa worden overgedragen [35]; in geval van overgang van een onderneming in gerechtelijke vereffening, wanneer de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet [36]; en wanneer een vennootschap in vrijwillige vereffening haar activa geheel of gedeeltelijk overdraagt aan een andere vennootschap, die een werknemer vervolgens opdrachten geeft die, naar de vennootschap in vereffening stelt, moeten worden uitgevoerd. [37]

31. Daarentegen is de overname van twee leerlingen, een werknemer en het materiaal waarmee een onderneming een bepaald werk was begonnen, om dit werk met toestemming van de opdrachtgever te voltooien, niet een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187. Een dergelijke overdracht kan slechts binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen, indien zij gepaard gaat met de overdracht van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet. In het arrest Rygaard heeft het Hof duidelijk gemaakt, dat de overgang van een onderneming, vestiging of onderdelen van een vestiging in de zin van richtlijn 77/187 de overgang vooronderstelt van een duurzaam georganiseerde economische entiteit en dat de situatie van een onderneming die een van haar opdrachten voor voltooiing aan een andere onderneming overdraagt, daarbuiten valt. [38]

32. In het arrest Schmidt [39] heeft het Hof geoordeeld, dat binnen de werkingssfeer van richtlijn 77/187 een situatie valt waarin een ondernemer bij overeenkomst aan een andere ondernemer de verantwoordelijkheid opdraagt voor het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden waarvoor hij voordien zelf zorg droeg, zelfs al werden die werkzaamheden vóór de overdracht door één enkele werknemer verricht. Het Hof bevestigde toen ook, dat het beslissende criterium om vast te stellen of er sprake is van overgang van een onderneming, het behoud van de economische identiteit van het bedrijf is, dat met name blijkt uit het daadwerkelijk voortzetten of hervatten van dezelfde of soortgelijke activiteiten door de nieuwe ondernemer. Het Hof was mijns inziens op nogal radicale wijze van oordeel, dat noch het feit dat de overgedragen werkzaamheid voor de overdragende onderneming slechts betrekking had op een nevenwerkzaamheid, zonder noodzakelijk verband met haar statutair doel, noch het feit dat de betrokken werkzaamheid vóór de overdracht door één enkele werknemer werd verricht, noch het feit dat geen activa werden overgedragen, een dergelijke verrichting aan de werkingssfeer van de richtlijn kon uitsluiten.

35 — Arrest van 7 maart 1996, Merckx en Neuhuys (C-171/94 en C-172/94, Jurispr. blz. I-1253, punt 32).

36 — Arrest van 12 maart 1998, Dethier Équipement (C-319/94, Jurispr. blz. I-1061, punt 32).

37 — Arrest van 12 november 1998, Europièces (C-399/96, Jurispr. blz. I-6965, punt 36).

38 — Aangehaald in voetnoot 18, punten 20-23.

39 — Arrest van 14 april 1994 (C-392/92, Jurispr. blz. I-1311). Verzoekster was in dienst van een spaarkas als schoonmaakster van een van haar filialen. Zij werd ontslagen omdat de schoonmaak voortaan door een gespecialiseerde onderneming zou worden uitgevoerd, die al de schoonmaak van de meeste andere filialen van die bank verzorgde. De schoonmaakonderneming stelde aan verzoekster voor haar in dienst te nemen tegen een hogere maandelijkse vergoeding dan zij tot dan toe had ontvangen. Deze was echter niet bereid onder die voorwaarden te werken, omdat zij van mening was, dat de vergroting van het schoon te maken oppervlak in feite leidde tot een lager uurloon, en zij stelde beroep in wegens onrechtmatig ontslag.

33. Deze rechtspraak is echter met ingang van 1997 genuanceerd door de arresten Süzen [40], Hernández Vidal e.a. [41] en Hidalgo e.a. [42], waarin het Hof er meer de nadruk op heeft gelegd, dat de overgang betrekking moet hebben op een duurzaam georganiseerde economische entiteit, met dien verstande dat het begrip entiteit slaat op een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.

In het arrest Süzen heeft het Hof met betrekking tot de opzegging van een schoonmaakovereenkomst die was gesloten met een externe ondernemer en die vervolgens overging op een andere ondernemer, beklemtoond dat het feit dat het bij de door de oude en de nieuwe opdrachtnemer verrichte dienst om gelijksoortige diensten ging, niet volstond om te kunnen stellen dat een overgang van een economische entiteit had plaatsgehad, aangezien een eenheid niet kan worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt eveneens uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen. Deze redenering bracht het Hof tot het oordeel, dat richtlijn 77/187 op een dergelijk geval geen toepassing vindt indien daarbij geen overdracht, van de ene op de andere ondernemer, van materiële of immateriële activa van betekenis plaatsvindt en de nieuwe ondernemer niet een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor de uitvoering van zijn overeenkomst had ingezet. [43]

In het arrest Hernández Vidal e.a., dat betrekking had op een situatie waarin een onderneming die een andere onderneming de opdracht had gegeven haar lokalen schoon te maken, besluit de betrokken overeenkomst te beëindigen en de schoonmaakwerkzaamheden voortaan zelf uit te voeren, preciseerde het Hof dat een economische entiteit weliswaar voldoende gestructureerd en autonoom moet zijn, doch niet noodzakelijkerwijs materiële en immateriële activa van betekenis moet omvatten. In sommige economische sectoren, zoals de schoonmaaksector, is er immers veelal slechts een minimum aan activa en zijn de arbeidskrachten de voornaamste factor. Een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast, kan derhalve, wanneer er geen andere productiefactoren zijn, als economische eenheid worden aangemerkt. [44]

In de zaak Hidalgo e.a., was sprake van een situatie waarin publiekrechtelijke lichamen die de thuishulp aan hulpbehoevenden en de bewaking van de lokalen van twee privéondernemingen had uitbesteed, bij de

40 — Aangehaald in voetnoot 19. In punt 10 van de conclusie die advocaat-generaal La Pergola in deze zaak heeft genomen, stelde hij al: „De omstandigheid, dat het grootste deel van het personeel dat voor een bepaalde activiteit werd ingezet, vervolgens soortgelijke werkzaamheden verricht in dienst van een andere onderneming, vormt mijns inziens niet het doorslaggevende criterium, de controlling test, om aan te tonen dat de desbetreffende activiteit de kenmerken van organisatorische zelfstandigheid vertoont, welke bepalend zijn voor het begrip onderneming, vestiging of onderdeel daarvan. (...) Alleen indien de activiteit wordt voortgezet en tegelijkertijd immateriële en materiële activa worden overgedragen van de ene onderneming op de andere, is sprake van een overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan in de zin van de richtlijn".

41 — Arrest van 10 december 1998 (C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Jurispr. blz. I-8179).

42 — Arrest van 10 december 1998 (C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237).

43 — Arrest Süzen, aangehaald in voetnoot 19, punten 15 en 23.

44 — Arrest Hernández Vidal e.a., aangehaald in voetnoot 41, punt 27.

afloop van de concessie en bij het einde van de overeenkomst besloten hadden deze niet met dezelfde ondernemingen te vernieuwen doch de betrokken opdrachten te gunnen aan andere ondernemingen. In zijn arrest vervolgde het Hof, dat aan de vaststelling dat er binnen de onderneming van de opdrachtnemer sprake is van een voldoende gestructureerde en autonomische eenheid, niet afdoet de, zich overigens vaak voordoende, omstandigheid dat deze onderneming specifieke, door de opdrachtgever opgelegde verplichtingen moet nakomen. De invloed van de opdrachtgever op de door de opdrachtnemer verleende dienst kan weliswaar zeer ver gaan, maar dan nog behoudt de opdrachtnemer in de regel een zekere vrijheid, hoe beperkt ook, in de organisatie en uitvoering van deze dienst en is zijn opdracht niet aldus op te vatten, dat hij slechts zijn personeel ter beschikking stelt van de opdrachtgever. [45]

34. Uit de bovenstaande aan de rechtspraak ontleende beoordelingen volgt, dat de criteria die tot dusverre door het Hof zijn gehanteerd om vast te stellen of er sprake is van een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187, zijn: er dient een economische entiteit te zijn, waaronder moet worden verstaan een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend; die entiteit moet duurzaam georganiseerd zijn en haar activiteit dient niet tot de uitvoering van een bepaald werk beperkt te zijn; in het kader van de contractuele verhouding treedt een wijziging op in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de entiteit en die als werkgever verplichtingen aangaat met betrekking tot de werknemers; en de identiteit van de economische entiteit dient in stand te blijven, hetgeen kan blijken zowel uit de voortzetting door de nieuwe ondernemer van dezelfde activiteit, als uit dezelfde personeelssamenstelling, leiding, taakverdeling, bedrijfsvoering of beschikbare productiemiddelen.

35. Uit de verwijzingsbeschikking volgt, dat de vennootschap ACC zich jarenlang heeft beziggehouden met het boren van ondergrondse gangen en dat zij heeft besloten die werkzaamheden wegens de hoge arbeidskosten niet meer zelf uit te voeren. Het schijnt dat zij haar personeel ontsloeg wanneer de haar opgedragen werkzaamheden afliepen en dat zij tezelfdertijd aan door RJB georganiseerde aanbestedingen deelnam door offertes in te dienen die waren gebaseerd op de loonkosten van de vennootschap AMS, die zij van plan was bij de uitvoering van de overeenkomsten als onderaannemer in te schakelen — hetgeen zij ook inderdaad heeft gedaan — zulks met instemming van de mijneigenaar. De wegens economische redenen ontslagen werknemers, die daarvoor een schadeloosstelling ontvingen, werden terstond, op minder gunstige voorwaarden dan zij tot dan toe genoten, in dienst genomen door de vennootschap AMS, die voor de uitvoering van de contracten arbeiders nodig had. Die situatie, die verscheidene jaren heeft geduurd, lijkt niet van tijdelijke aard te zijn geweest maar kan duurzaam worden genoemd, met name wanneer men bedenkt dat daarin geen wijziging optrad toen de mijneigenaar eiste, dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemers werden verbeterd. Vanaf dat moment nam ACC zowel de activiteit over, doordat zij besloot de werk-

45 — Arrest Hidalgo e.a., aangehaald in voetnoot 42, punt 27.

zaamheden wederom zelf uit te voeren, alsook het personeel, dat prompt door AMS werd ontslagen.

36. Om vast te stellen, of er al dan niet sprake was van overgang van een onderneming van ACC op AMS, dient het Industrial Tribunal, Leeds, uit te maken, of de oorspronkelijk door ACC uitgeoefende activiteit, de aanleg van ondergrondse gangen in de Prince of Wales-mijn, die zij in oktober 1994 besloot over te dragen aan AMS, een in 1993 opgerichte vennootschap, binnen ACC op duurzame wijze was georganiseerd in de vorm van een economische eenheid, opgevat als een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmede een eigen doel wordt nagestreefd; of die beslissing om een onderaannemer in te schakelen een tijdelijk karakter had omdat zij slechts betrekking had op de uitvoering van een bepaald werk dan wel een duurzaam karakter; of de door de eerste vennootschap ontslagen werknemers die vervolgens door de tweede in dienst waren genomen, precies dezelfde waren als degenen die op duurzame wijze aan de genoemde werkzaamheden deelnamen; of als gevolg van de onderaanneming van de betrokken activiteit, het daaropvolgend ontslag en het weer in dienst nemen van de werknemers, AMS de verplichtingen van werkgever jegens de bij deze activiteit betrokken werknemers heeft overgenomen. Ten slotte dient de nationale rechter, wanneer hij tot de conclusie komt dat de activiteit van het boren van onderaardse gangen in de Prince of Wales-mijn een economische entiteit vormde, te beslissen, of zij deze identiteit behield toen zij door AMS in onderaanneming werd uitgevoerd en toen ACC haar terugnam toen zij besloot deze operatie te beëindigen.

37. Niet kan worden ontkend, dat het feit dat ACC en AMS vennootschappen zijn die tot dezelfde groep behoren, dezelfde eigenaar, dezelfde directie en gemeenschappelijke installaties hebben en dezelfde activiteit uitoefenen, de taak van de nationale rechter bijzonder gecompliceerd maakt, maar dit is niet zo doorslaggevend, dat moet worden uitgesloten dat er sprake was van een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187.

38. Het Hof heeft herhaaldelijk aan de nationale rechters te kennen gegeven, dat voor de vaststelling of in een bepaald geval aan de voorwaarden voor een overgang van een economische entiteit is voldaan, rekening moet worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. [46]

39. Met betrekking tot de zeven feiten die de nationale rechter in het kader van zijn

46 — Arresten Spijkers, aangehaald in voetnoot 17, punt 13; Ny Molle Kro, aangehaald in voetnoot 10, punt 19; Redmond Stichting, aangehaald in voetnoot 21, punt 24; Merckx en Neuhuys, aangehaald in voetnoot 35, punt 17; Süzen, aangehaald in voetnoot 19, punt 14; Hidalgo e.a., aangehaald in voetnoot 42, punt 29, en Hernández Vidal e.a., aangehaald in voetnoot 41, punt 29.

tweede prejudiciële vraag aan het Hof ter beoordeling voorlegt, ben ik van mening, dat geen enkele daarvan van doorslaggevende betekenis is voor de beoordeling of er al dan niet sprake was van overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187.

40. Zo kan de niet-overgang van activa tussen ACC en AMS (sub b) het gevolg zijn van het feit, dat in deze sector traditioneel wordt gewerkt met behulp van door de mijneigenaar ter beschikking gesteld materieel. In ieder geval blijkt uit de verwijzingsbeschikking, dat AMS gebruik kon maken van het materieel dat eerder ter beschikking was gesteld van ACC; de niet-overgang van installaties, directie en infrastructuur kan daardoor worden verklaard, dat deze al van de twee vennootschappen tezamen waren. Ofschoon de klantenkring niet is overgegaan (sub c), staat vast dat het om één enkele klant ging en dat de transactie met diens instemming plaatsvond. Dat de overgang van de werknemers van ACC naar AMS en het begin of het einde van de overeenkomsten niet samenvielen (sub d), kan heel wel daardoor worden verklaard, zoals de Commissie ook doet, dat een overgang van een onderneming een juridisch complexe operatie is, waarvan de uitvoering enige tijd kan vergen. Het feit dat ACC en AMS dezelfde directie en dezelfde gebouwen delen (sub e), belet niet dat een overgang van de ene naar de andere economische entiteit plaatsvond, die aan de genoemde criteria beantwoordde. Dat de werken onderbroken werden, zonder dat er op enig tijdstip sprake was van een opschorting van de activiteiten of een wijziging van de wijze van uitvoering ervan (sub g), is gebruikelijk bij de overgang van een onderneming.

Ik kan geen oordeel uitspreken over punt f van de tweede prejudiciële vraag, volgens hetwelk de werknemers, na in dienst van AMS te zijn geweest, nu eens voor ACC dan weer voor AMS werkten, afhankelijk van de behoeften van de plaatselijke directie die voor beide vennootschappen verantwoordelijk was, omdat ik niet over voldoende feiten beschik. Trouwens, wanneer de activiteit van ACC bestond uit het boren van ondergrondse gangen in de Prince of Wales-mijn en zij deze heeft opgegeven om AMS terzake als onderaannemer in te schakelen, en zich daarbij, naar ik aanneem, grotendeels van haar personeel heeft ontdaan, dat door AMS in dienst is genomen, vraag ik mij af voor welke activiteit ACC dan wel het door AMS in dienst genomen personeel kon inzetten.

41. Ik dien nog punt a van de tweede vraag te onderzoeken, betreffende het ontslag van de werknemers door ACC en hun daaropvolgende indienstneming door AMS voor het boren van gangen als voordien door ACC uitgevoerd.

42. Zoals ik al heb gezegd, bepaalt artikel 4, lid 1, van richtlijn 77/187 dat de overgang op zichzelf niet een reden tot ontslag vormt voor de vervreemder of de verkrijger, ofschoon deze bepaling geen beletsel vormt voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen. Welnu, aan verzoekers in het hoofdgeding is ontslag

verleend door ACC, die daarvoor juist economische redenen heeft aangevoerd.

Dit voorschrift vindt echter toepassing in het kader van een overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn, welke volgens ACC niet heeft plaatsgevonden. Mijns inziens heeft deze vennootschap haar personeel niet alleen ontslagen omdat zij daaraan in de toekomst geen behoefte meer zou hebben aangezien zij van plan was de uitvoering van de werkzaamheden aan AMS op te dragen, maar ook omdat zij aan die vennootschap het voor de uitvoering van de contracten noodzakelijke gespecialiseerde personeel ter beschikking stelde, zodat het niet behoefde te worden gezocht. Natuurlijk kan niet worden uitgesloten, dat zij de door de richtlijn opgelegde verplichtingen wilde omzeilen door feitelijk, naargelang de aannemingscontracten dit noodzakelijk maakten, werknemers van de ene vennootschap naar de andere over te dragen en daarbij het loon te verlagen teneinde de arbeidskosten te verminderen.

43. In ieder geval is het Hof van oordeel, dat wanneer de werknemers van een onderneming ontslag krijgen alleen maar op grond van de overgang, en zulks in strijd met artikel 4, lid 1, van richtlijn 77/187, zij geacht moeten worden nog steeds in dienst van die onderneming te zijn, hetgeen met name tot gevolg heeft dat de verplichtingen van de werkgever jegens hen overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de richtlijn van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan. Om uit te maken of de overgang de enige reden was voor het ontslag, moet worden gelet op de objectieve omstandigheden waarin het ontslag is gegeven en meer in het bijzonder op de omstandigheid dat het nagenoeg gelijktijdig met de overgang is ingegaan en dat de betrokken werknemers door de verkrijger opnieuw in dienst zijn genomen. [47]

Eveneens heeft het Hof verklaard, dat werknemers die kort vóór de overgang van de onderneming door de vervreemder op onwettige wijze zijn ontslagen en die door de verkrijger niet zijn overgenomen, zich jegens laatstgenoemde op de onwettigheid van hun ontslag kunnen beroepen. [48]

44. Indien het Industrial Tribunal, Leeds, tot de conclusie komt dat er sprake was van een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187, volgt daaruit dat het ontslag van de werknemers door ACC nietig was en dat hun arbeidsvoorwaarden door de verkrijgende vennootschap hadden moeten worden gehandhaafd. Waar immers de verkrijger treedt in de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit de arbeidsverhouding voortvloeien, kan die arbeidsverhouding ten opzichte van de verkrijger worden gewijzigd binnen dezelfde grenzen als ten opzichte van de vervreemder mogelijk was geweest, met dien verstande evenwel dat de overgang van de onderneming nooit op zich grond voor de wijziging kan opleveren. De richtlijn verzet zich evenwel niet tegen een wijziging van de arbeidsverhouding die met de nieuwe ondernemer wordt overeengekomen, voor zover het nationale recht een dergelijke wijziging toestaat in andere

47 — Arrest Bork International e.a., aangehaald in voetnoot 24, punt 18.

48 — Arrest Dethier Équipement, aangehaald in voetnoot 36, punt 42.

gevallen dan dat van overgang van een onderneming. [49]

Ik maak uit de door de nationale rechter uiteengezette feiten op, dat de Britse wetgeving eraan in de weg staat dat een ondernemer de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers in voor hen nadelige zin wijzigt. [50] Anders was het voor ACC niet nodig geweest om een onderaannemer in te schakelen, haar offertes op de arbeidskosten van AMS te baseren en de uitvoering van de werken aan deze laatste als onderaannemer op te dragen.

45. Ten slotte heeft verweerster in haar opmerkingen betoogd, dat richtlijn 77/187 niet kan worden toegepast op twee vennootschappen als ACC en AMS, beide dochtermaatschappijen van AMCO, die als een enkele economische eenheid functioneren doordat zij samenwerken ter bereiking van gemeenschappelijke commerciële doeleinden, en dat zij voor de toepassing van het mededingingsrecht als eenzelfde onderneming moeten worden beschouwd. Bovendien betoogt zij, dat AMS niet op werkelijk autonome wijze haar gedrag op de markt kon bepalen, omdat zij slechts een instrument was ter realisering van de commerciële doelstellingen van de groep.

46. Ik ben het met deze beoordeling niet eens. Het is juist, dat het Hof in het arrest Viho/Commissie [51] heeft geoordeeld, dat een moedermaatschappij en haar dochtermaatschappijen een economische eenheid vormen, waarbinnen de dochtermaatschappijen over geen enkele zelfstandigheid beschikken om hun marktgedrag te bepalen [52], doch handelen volgens instructies die hun worden gegeven door de moedermaatschappij die hen controleert. [53] Deze leer is evenwel ontwikkeld in de context van het mededingingsrecht, waarin het begrip onderneming slaat op een economische eenheid gelet op het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst, zelfs wanneer die economische eenheid juridisch uit verschillende personen, natuurlijke of rechtspersonen bestaat. [54] Het Gerecht van eerste aanleg heeft daaraan toegevoegd, dat voor de toepassing van de mededingingsregels de eenheid van marktgedrag van de moedermaatschappij en haar dochtermaatschappijen belangrijker is dan de formele scheiding tussen die vennootschappen als gevolg van het feit dat zij afzonderlijke rechtspersonen zijn. [55]

49 — Arrest Daddy's Dance Hall, aangehaald in voetnoot 10, punten 17 en 18.

50 — Dit oordeel vindt bevestiging in de door de vertegenwoordigers van de verzoekers in het hoofdgeding en van de regering van het Verenigd Koninkrijk gegeven antwoorden op de vragen die ik hun tijdens de terechtzitting heb gesteld.

51 — Arrest van 24 oktober 1996 (C-73/95 P, Jurispr. blz. I-5457, punt 16).

52 — In die zaak was vastgesteld, dat de moedermaatschappij 100 % van het kapitaal van haar in de verschillende lidstaten gevestigde dochtermaatschappijen in handen had en dat de verkoop- en marketingactiviteiten van de dochtermaatschappijen werden geleid door een door de moedermaatschappij aangewezen team dat met name de verkoopdoelstellingen, de brutomarges, de verkoopkosten, de „cash flow" en de voorraden controleerde. Dit team schreef ook het assortiment van de te verkopen producten voor, controleerde de reclame-activiteiten en gaf instructies inzake prijzen en kortingen.

53 — Deze rechtspraak is met name uitgewerkt in de arresten van 14 juli 1972, ICI/Commissie (48/69, Jurispr. blz. 619, punten 133 en 134); van 31 oktober 1974, Sterling Drug (15/74, Jurispr. blz. 1147, punt 41); Winthrop (16/74, Jurispr. blz. 1183, punt 32); van 4 mei 1988, Bodson (30/87, Jurispr. blz. 2479, punt 19), en 11 april 1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro (66/86, Jurispr. blz. 803, punt 35).

54 — Arrest van 12 juli 1984, Hydrotherm (170/83, Jurispr. blz. 2999, punt 11).

55 — Arrest van 12 januari 1995, Viho/Commissie (T-102/92, Jurispr. blz. II-17, punt 50).

47. Hieruit volgt, dat de definitie van onderneming in het mededingingsrecht voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 EG-Verdrag (thans de artikelen 81 EG en 82 EG) weinig van doen heeft met het begrip onderneming als economische entiteit, zoals door het Hof voor de toepassing van richtlijn 77/187 geïntroduceerd, en niet van belang is voor de beslissing, of een overgang heeft plaatsgehad van een onderneming, een vestiging of een onderdeel van een vestiging tussen twee vennootschappen die tot dezelfde groep behoren, ook niet wanneer zij volledige dochtermaatschappijen van dezelfde moedermaatschappij zijn.

VI — Conclusie

48. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof in overweging, de door het Industrial Tribunal, Leeds, gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, moet aldus worden uitgelegd, dat deze richtlijn van toepassing is op twee vennootschappen van eenzelfde groep, die dezelfde eigenaar, dezelfde directie en gemeenschappelijke gebouwen hebben en dezelfde werkzaamheden uitvoeren, mits de betrokken transactie beantwoordt aan de in de rechtspraak van het Hof ontwikkelde criteria op basis waarvan kan worden aangenomen dat een overgang van onderneming heeft plaatsgehad.

2) Het staat aan het Industrial Tribunal, Leeds, om te beslissen, of in het onderhavige geval aan die criteria is voldaan en, bijgevolg, of een economische eenheid is overgegaan en zij haar identiteit heeft behouden."