CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 27 september 2001 [1]

I — Inleiding

1. In deze zaak verzoekt het Arbeidshof te Brussel het Hof de werkingssfeer te preciseren 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 de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (hierna: „richtlijn"). [2]

2. De feiten zien er op het eerste oog tamelijk gecompliceerd uit. De verwijzende rechter legt de vraag voor of er sprake is van een overgang van een onderneming in de situatie waarin een onderneming A haar schoonmaakactiviteiten oorspronkelijk heeft opgedragen aan een onderneming B, die deze werkzaamheid uitbesteedt aan onderneming C. Ten gevolge van het feit dat onderneming B de opdracht verliest, ontslaat onderneming C al haar personeel met uitzondering van vier personen. Vervolgens vertrouwt onderneming A de opdracht toe aan onderneming D, die ingevolge een collectieve arbeidsovereenkomst een gedeelte van het personeel van onderneming C in dienst neemt, doch zonder enig element van de activa van onderneming C — die blijft bestaan — over te nemen.

3. Het Hof heeft zich eerder uitgelaten over de reikwijdte van de richtlijn bij uitbesteding van diensten, in het bijzonder in de schoonmaaksector. [3] De prejudiciële verwijzing van het Arbeidshof biedt het Hof de kans zijn rechtspraak te verduidelijken.

II — Juridisch kader

A — *Gemeenschapsrecht*

4. De richtlijn stelt voorzieningen vast die nodig zijn om werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen. Artikel 1, lid 1, verklaart de richtlijn van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.

2 — PB L 61, blz. 26.

3 — Zie arresten van 14 april 1994, Schmidt (C-392/92, Jurispr. blz. I-1311); 11 maart 1997, Süzen (C-13/95, Jurispr. blz. I-1259), en 10 december 1998, Hernández Vidal e.a. (C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Jurispr. blz. I-8179).

daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie.

5. Artikel 2, sub a, bepaalt dat in deze richtlijn wordt verstaan onder „vervreemder" iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel daarvan verliest. Artikel 2, sub b, definieert als „verkrijger" in de betekenis van de richtlijn iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel daarvan verkrijgt.

6. Volgens artikel 3, lid 1, gaan de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang op de verkrijger over.

7. Krachtens artikel 4, lid 1, eerste alinea, vormt de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan, 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.

8. De richtlijn is twee keer herzien. Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van richtlijn 77/187 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 van vestigingen, heeft met name enkele begrippen in het licht van de rechtspraak van het Hof gecodificeerd. [4] Ter rationalisering van de tekst heeft de Raad op 12 maart 2001 richtlijn 77/187 ingetrokken en vervangen door richtlijn 2001/23/EG 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 van ondernemingen of vestigingen. [5]

9. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn is krachtens richtlijn 98/50 hernummerd tot artikel 1, lid 1, sub a. Richtlijn 98/50 heeft een nieuw artikel 1, lid 1, sub b, ingevoegd, dat betrekking heeft op het begrip „overgang" en waarvan de tekst als volgt luidt:

„Onder voorbehoud van het bepaalde onder a [...] wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet

4 — PB L 201, blz. 88. De omzettingstermijn van richtlijn 98/50 is verstreken op 17 juli 2001.

5 — PB L 82, blz. 16. Tenzij anders aangegeven, wordt hierna uitgegaan van de tekst van de oorspronkelijke richtlijn.

hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan."

Deze verduidelijking is ingegeven ter wille van de rechtszekerheid en de juridische transparantie, maar vormt geen wijziging van de werkingssfeer van de richtlijn zoals uitgelegd door het Hof van Justitie. [6]

B — *Nationaal recht*

10. De genoemde bepalingen van de richtlijn zijn in Belgisch recht omgezet door de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32 bis van 7 juni 1985, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand, die algemeen verbindend is verklaard bij koninklijk besluit van 25 juli 1985. [7]

11. Voorts is in de procedure van belang een collectieve arbeidsovereenkomst van 5 mei 1993 betreffende de „Personeelsovername in geval van contractwisseling op werven van dagelijks onderhoud", die van toepassing is op de schoonmaaksector. Deze houdt geen verband met de collectieve arbeidsovereenkomst van 7 juni 1985.

12. Volgens artikel 3 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 5 mei 1993 heeft het bedrijf dat het contract verwerft binnen de week nadat het contract is gegund de plicht om bij het bedrijf dat het contract verliest, informatie in te winnen ten aanzien van het personeelsbestand en de arbeidsvoorwaarden. Artikel 4 bepaalt dat het bedrijf dat het contract verwerft verplicht is van het aantal arbeidsplaatsen dat na de wisseling op de werf aanwezig is, binnen de twee weken na de gunning, en in ieder geval minstens één week voor de overname van de werf, ten minste 75 % van die arbeidsplaatsen schriftelijk aan te bieden aan door hem te selecteren werknemers, afkomstig uit de ploeg van het bedrijf dat het contract verliest, en voorzover deze arbeiders minstens zes maanden ervaring hadden op deze werf. De selectie dient te geschieden volgens functionele criteria. Krachtens artikel 5 moet de werknemers die volgens artikel 4 worden overgenomen, een nieuw arbeidscontract zonder proeftijd worden aangeboden, met behoud van anciënniteit.

III — Feiten in het hoofdgeding en verloop van de procedure

13. De feiten en de antecedenten van de procedure zijn als volgt samen te vatten.

14. De vennootschap Volkswagen heeft in de periode van 2 mei 1993 tot en met

6 — Aldus de preambule van richtlijn 98/50, overweging 4.
7 — *Belgisch Staatsblad* van 9 augustus 1985, blz. 11527.

8 januari 1995 de schoonmaak van sommige van haar productie-installaties uitbesteed aan Buyle-Medros-Vaes Associates SA (hierna: „BMV"). Van meet af aan droeg BMV de uitvoering van die opdracht op aan een onderaannemer, de General Maintenance Contractors SPRL (hierna: „GMC"). Naar GMC aanvoert, was de uitvoering van de opdracht bij Volkswagen toentertijd haar enige activiteit. In december 1994 beëindigde Volkswagen de overeenkomst met BMV, en gunde bij overeenkomst de schoonmaakwerkzaamheden per 9 januari 1995 aan de vennootschap Temco Service Industries SA (hierna: „Temco"). Voor Temco was de opdracht van Volkswagen één van de vele.

15. De keuze van Volkswagen voor Temco heeft gevolgen gehad voor het personeel van GMC dat de schoonmaakwerkzaamheden bij Volkswagen verrichtte.

16. Aangezien de overeenkomst tussen Volkswagen en BMV op 8 januari 1995 afliep, ontsloeg GMC rechtmatig al haar personeel, met uitzondering van vier personen, te weten S. Imzilyen, M. Belfarh, A. Afia-Aroussi en K. Lakhdar, die als vakbondsafgevaardigden een bijzondere bescherming genoten.[8] GMC deed de in de Belgische wetgeving voorgeschreven opzeggingen en vervulde de formaliteiten die vereist zijn in geval van sluiting van ondernemingen en collectief ontslag. Voor het collectief ontslag is op 30 november 1994 toestemming verleend door de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling.

17. Ingevolge de collectieve arbeidsovereenkomst van 5 mei 1993 heeft Temco op 9 januari 1995 42 van de in totaal 80 voormalige werknemers van GMC in dienst genomen. De vier vakbondsafgevaardigden werden niet overgenomen.

18. Omdat GMC op dat ogenblik alleen voor Volkswagen werkte, verzocht zij op 13 januari 1995 de betrokken paritaire commissie om erkenning van redenen van economische of technische aard, zulks om de vier vakbondsafgevaardigden te kunnen ontslaan. Dat verzoek is op 28 februari 1995 afgewezen. In beroep heeft de Arbeidsrechtbank zich bij vonnis van 13 september 1995 onbevoegd verklaard om kennis te nemen van de vordering. Deze uitspraak is bevestigd door het Arbeidshof bij vonnis van 23 november 1995.

19. Uit het dossier volgt dat de vier tot december 1995 van GMC een uitkering ontvingen, ondanks dat GMC blijkens een briefwisseling met Temco tegelijkertijd van oordeel was dat de vier op grond van collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32 bis reeds rechtens waren overgegaan naar Temco. Op 12 december 1995 zijn de vakbondsafgevaardigden door GMC ontslagen.

8 — In de verwijzingsbeschikking wordt melding gemaakt van een op 18 april 1968 in de paritaire commissie voor 121 schoonmaakbedrijven gesloten collectieve arbeidsovereenkomst, die vakbondsafgevaardigden dezelfde bescherming verleent als de gekozen leden van en kandidaten voor de ondernemingsraden en de comités voor veiligheid en hygiëne.

20. Onder deze omstandigheden hebben de vier bij de Arbeidsrechtbank te Brussel vorderingen ingesteld tegen GMC, BMV en Temco.

21. Bij vonnis van 12 maart 1998 oordeelde de Arbeidsrechtbank te Brussel de vordering van de vier tegen Temco ontvankelijk en gedeeltelijk gegrond. De Arbeidsrechtbank verklaarde onder meer voor recht dat de verzoekers Afia-Aroussi en Lakhdar ingevolge de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32 bis op 9 januari 1995 van rechtswege in dienst van Temco zijn getreden.

22. Temco heeft hiertegen beroep ingesteld bij de verwijzende rechter. Die motiveert de prejudiciële vragen als volgt.

23. De feitelijke situatie is bijzonder in die zin, dat Volkswagen de schoonmaak van haar industriële installaties heeft toevertrouwd aan BMV, die de opdracht niet zelf heeft uitgevoerd, doch ze heeft opgedragen aan GMC die, toen zij die opdracht verloor wegens de verbreking van de overeenkomst tussen Volkswagen en BMV, al haar personeel behalve de vier vakbondsafgevaardigden ontsloeg, doch niettemin haar activiteiten voortzette en nieuwe klanten zocht, zoals blijkt uit notulen van algemene vergaderingen van GMC van 1996 en 1997. Zulks bevestigt dat haar maatschappelijk doel, zoals dat in de statuten is omschreven, ruimer is dan alleen maar de uitvoering van de opdracht van Volkswagen, ook al was dat in 1994 haar voornaamste of enige activiteit.

24. Anderzijds hebben de vier vakbondsafgevaardigden, die van oordeel waren dat zij een bijzondere bescherming tegen ontslag genoten, tot in december 1995 door hun gedrag te kennen gegeven, dat zij nog steeds tot het personeel van GMC behoorden. De verwijzende rechter merkt op dat zij nooit hebben gesteld in dienst van Temco te zijn getreden ingevolge toepassing van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32 bis. Ook GMC heeft blijkens de procedures die zij bij de arbeidsrechtelijke instanties heeft ingeleid, zij het met voorbehoud, aangenomen dat de vier nog steeds bij haar in dienst waren. Anders zouden de door haar ingeleide procedures ter erkenning van redenen van technische of economische aard, die het ontslag zouden rechtvaardigen, geen zin hebben gehad. Het feit dat die procedures geen resultaat hebben opgeleverd, zou daarbij irrelevant zijn.

25. De verwijzende rechter stelt verder vast, dat er geen relatie bestaat tussen GMC en Volkswagen, en dat geen enkel element van de activa, van welke aard dan ook, van GMC naar Temco is overgegaan. Het blijkt uit de stukken dat Volkswagen de voor de industriële schoonmaak van haar installaties noodzakelijke middelen ter beschikking stelt aan de gecontracteerde schoonmaakbedrijven.

IV — Prejudiciële vragen

26. Het verzoek van het Arbeidshof (Zesde kamer) te Brussel, bij beschikking van

14 februari 2000, is ingekomen ter griffie van het Hof op 17 februari 2000. De gestelde prejudiciële vragen zijn als volgt geformuleerd:

„1) Is artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 van toepassing op de situatie waarin een onderneming A de schoonmaak van haar industriële installaties aan onderneming B heeft opgedragen, die deze werkzaamheid uitbesteedt aan onderneming C, welke ten gevolge van het feit dat onderneming B de opdracht verliest al haar personeel ontslaat met uitzondering van vier personen, terwijl nadien onderneming A de opdracht toevertrouwt aan onderneming D, die ingevolge een collectieve arbeidsovereenkomst een gedeelte van het personeel van onderneming C in dienst neemt, doch zonder enig element van de activa van laatstbedoelde onderneming over te nemen, die blijft bestaan en haar maatschappelijk doel blijft nastreven?

2) Staat voormelde richtlijn eraan in de weg dat onderneming C, indien zij als vervreemder wordt aangemerkt doch blijft bestaan, sommige werknemers in dienst kan houden?"

27. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Temco, Imzilyen en Belfarh, Afia-Aroussi en Lakhdar, SA Three S (voorheen GMC) en BMV, en de Commissie. Op 17 mei 2001 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden, waar alle partijen en de Commissie hun standpunt hebben toegelicht.

V — Beoordeling

A — *De werkingssfeer van de richtlijn*

Inleiding

28. De eerste vraag van het Arbeidshof stelt het Hof in staat de werkingssfeer van de richtlijn te begrenzen aan de hand van een situatie waarin een onderneming een contract tot uitbesteding van diensten met een bedrijf heeft beëindigd om de overeenkomst vervolgens met een ander bedrijf voort te zetten.

29. Dit is de vierde keer dat het Hof overeenkomstig de procedure van artikel 234 EG wordt geconfronteerd met de vraag naar de toepassing van de richtlijn bij transacties in de schoonmaaksector. Telkens betrof het feitelijke situaties die zich enigszins van elkaar onderscheidden. Het arrest Schmidt [9] zag op het geval waarin een onderneming de verantwoordelijkheid voor het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden waarvoor zij voorheen zelf rechtstreeks zorg droeg, bij overeenkomst overdroeg aan een andere onderneming. In het arrest Hernández Vidal e.a. [10], deed zich de omgekeerde situatie voor en besloot een onderneming die een andere onderneming de opdracht had gege-

9 — Aangehaald in voetnoot 3.
10 — Aangehaald in voetnoot 3.

ven haar lokalen of een deel hiervan schoon te maken, de betrokken overeenkomst te beëindigen en de schoonmaakwerkzaamheden voortaan zelf uit te voeren.

30. De feiten in het arrest Süzen [11] sluiten het meest aan op de omstandigheden in het hoofdgeding. Een opdrachtgever had het schoonhouden van zijn lokalen uitbesteed aan een eerste opdrachtnemer, beëindigde de betrokken overeenkomst en sloot daarna ter verrichting van soortgelijke werkzaamheden een nieuwe overeenkomst met een tweede opdrachtnemer. Het Hof heeft in het arrest Süzen voor recht verklaard dat de richtlijn geen toepassing vindt „in een situatie waarin een opdrachtgever die het schoonmaken van zijn lokalen aan een ondernemer heeft opgedragen, de overeenkomst met deze ondernemer opzegt en met een andere ondernemer een nieuwe overeenkomst sluit voor de uitvoering van soortgelijke werkzaamheden, indien daarbij geen materiële of immateriële activa van betekenis worden overgedragen van de eerste op de tweede ondernemer 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".

31. De Commissie en alle partijen met uitzondering van Temco komen aan de hand van een extensieve uitlegging van de rechtsoverwegingen van het arrest Süzen tot het oordeel dat er in het onderhavige geval sprake is van een overdracht van een onderneming krachtens overeenkomst in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn.

11 — Aangehaald in voetnoot 3.

32. Deze aanpak bevredigt mij echter niet. Naar mijn mening houdt een dergelijk resultaat te weinig rekening met de economische context waarin uitbesteding van diensten plaatsvindt. De bijzondere economische omstandigheden waaronder overeenkomsten tot uitbesteding van diensten tot stand komen, maar ook de doelstelling van de richtlijn, de rechtspraak van het Hof, alsmede de door de verwijzende rechter aangegeven omstandigheden van het geval, leiden mij tot de conclusie dat de richtlijn in casu niet van toepassing is.

Uitbesteding van diensten: de economische context

33. Ter staving van mijn opvatting is het noodzakelijk eerst dieper in te gaan op de economische context waarin overeenkomsten tot uitbesteding van diensten tot stand komen.

34. De handelwijze van Volkswagen is typerend voor de huidige tendens bij bedrijven om taken binnen het bedrijf die niet behoren tot hun kernactiviteit uit te besteden aan bedrijven die zich hebben gespecialiseerd in het verrichten van flankerende diensten in opdracht. Te denken valt aan bedrijven die zich richten op schoonmaakwerkzaamheden, bewakingsdiensten, cateringactiviteiten, klantenservice, opleiding en training, hard- en softwarevoorziening, productontwikkeling, etc. Vaak opereren de dienstverleners op lokaal en kleinschalig niveau, en verrichten zij hun activiteiten in de lokalen van de opdrachtgever, waarbij niet is uitgesloten dat concurrerende bedrijven gelijktijdig voor dezelfde opdracht-

gever werkzaamheden uitvoeren. [12] In wezen worden op deze dienstenmarkten gespecificeerde kavels economische activiteiten voor een bepaalde periode verricht. Die periode kan variëren van één dag voor bijvoorbeeld de verzorging van de catering bij een specifiek evenement, tot een aantal jaren voor schoonmaakwerkzaamheden. Na afloop van het contract doet de dienstverlener wederom mee in de strijd om de gunst van de opdrachtgever, die zal kiezen voor een concurrent indien deze betere voorwaarden en prestaties biedt. Wanneer, bijvoorbeeld, het personeel van een instelling klaagt over de catering, zal de opdrachtgever uitzien naar een overeenkomst met een cateraar die betere service biedt.

35. Bij deze economische activiteiten vormt de factor arbeid doorgaans een belangrijke kostenpost. Aangezien de contracten van de uitbesteder met de dienstverrichter meestal voor een relatief beperkte periode worden afgesloten, kenmerkt het personeelsbestand in deze sector zich door een groot verloop.

36. De markten voor deze groepen dienstverrichtingen zijn volop in ontwikkeling. Er is sprake van een groot en groeiend aantal uitbesteders en ook het aantal dienstverrichters neemt toe. Dit is een belangrijk verschil met de concessies die worden aangeboden op markten waar zich een relatief beperkt aantal aanbieders en vragers bevinden, zoals bijvoorbeeld de markten voor spoorwegvervoer en radio- en televisiefrequenties. De keuze van de concessieverlener voor een bepaalde marktdeelnemer beïnvloedt op deze markten in belangrijke mate de marktpositie van de concurrenten en het verlies van een opdracht kan zelfs het voortbestaan van de dienstverrichter in gevaar brengen. Bij uitbesteding van diensten zoals in het onderhavige geval, zal een aanbieder die een opdracht verliest normaal gesproken op zoek gaan naar nieuwe cliënten.

37. De markten voor uitbesteding van diensten kenmerken zich daarnaast door een grote diversiteit. Het gaat zowel om hoogwaardige diensten met een grote toegevoegde waarde, zoals software en ingenieursactiviteiten, als om diensten die worden uitgevoerd door laag opgeleiden, zoals schoonmaakwerkzaamheden. Binnen de sectoren treden bovendien subspecialisaties op. Het onderhavige geval is illustratief voor deze heterogeniteit: ter terechtzitting is erop gewezen dat het schoonmaken van industriële installaties een afzonderlijke positie inneemt binnen het schoonmaakwezen en niet vergelijkbaar is met het meer gewone schoonmaakwerk in scholen en kantoren.

38. Vanwege het heterogene en dynamische karakter van deze markten dient het Hof zich in het geval van contractwisselingen naar mijn mening terughoudend op te stellen bij de toepassing van de richtlijn. De dynamiek van de markt dreigt verstoord te worden indien te soepel een overname in de zin van de richtlijn zou worden aangenomen. Het risico geconfronteerd te worden met de verplichting de rechten te respecteren van alle personeelsleden van een bedrijf *uitsluitend* op grond van de

12 — Ter terechtzitting heeft de gemachtigde van Afia-Aroussi en Lakhdar erop gewezen dat bij Volkswagen tegelijkertijd meerdere schoonmaakbedrijven verantwoordelijk zijn voor verschillende sectoren van de fabriek.

overname van een contract en de overname van een deel van het zittende personeel, zal een potentiële nieuwe opdrachtnemer minder prikkelen om het contract in de wacht te slepen. Ondernemingen zouden er zelfs van weerhouden kunnen worden zich in de concurrentieslag voor het verwerven van de opdracht te begeven. Dit alles kan leiden tot verstarring van markten. Opnieuw bieden de feiten in het hoofdgeding een voorbeeld. Het is de vraag of Temco bereid zou zijn geweest het contract voor de schoonmaakwerkzaamheden bij Volkswagen onder gelijke condities aan te gaan, indien het bedrijf in plaats van de 42 werknemers het volledige personeelsbestand van GMC had moeten overnemen.

39. Betoogd zou kunnen worden dat in dit verband de verplichte overname van al het personeel een onderdeel vormt van het reguliere ondernemersrisico. Deze constatering is terecht, indien het gaat om een daadwerkelijk overname in vennootschapsrechtelijke zin van de exploitatie van een onderneming. In dat geval maakt de verkrijger een kosten-baten analyse van de over te nemen onderneming en wordt de overnameprijs bepaald door onder meer de prestaties uit het verleden én de verplichte overname van het personeel. Hetzelfde doet zich voor bij concessies die een lange looptijd hebben en via officiële aanbestedingen worden verleend. Bij de uitbesteding van diensten staat echter uitsluitend de gunning van een contract voor een relatief korte periode centraal en daarbij past mijns inziens de verplichte overname van het personeel niet als ondernemersrisico.

40. Het doel van de richtlijn is om bij verandering van ondernemer de continuïteit van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen te waarborgen. [13] De richtlijn is gebaseerd op artikel 100 EG-Verdrag (thans artikel 94 EG) en uit dien hoofde moeten markt- en concurrentieoverwegingen niet uit het oog worden verloren. In een markt die zich kenmerkt door specialismen, kortlopende overeenkomsten tussen uitbesteder en dienstverlener en een belangrijk verloop in het personeelsbestand past de bescherming van de werknemer beter in het kader van het klassieke arbeidsrecht dan in het kader van de arbeidsbescherming bij de overname van ondernemingen. [14] Indien de dienstverlener te snel wordt verplicht het gehele personeel over te nemen, komt de doelstelling van de richtlijn daarnaast in een onevenredige verhouding te staan tot het beginsel van contractvrijheid en de vrijheid van ondernemerschap.

De criteria voor toepassing van de richtlijn en de evolutie in de rechtspraak van het Hof

41. Dat bij de beoordeling van een transactie rekening moet worden gehouden met de economische context waarin deze tot stand komt, vloeit evenzeer voort uit de rechtspraak van het Hof. Zoals bekend, heeft de gemeenschapswetgever in artikel 1,

13 — Vaste rechtspraak sinds arrest van 18 maart 1986, Spijkers (24/85, Jurispr. blz. 1119, punt 11); zie meest recent arrest van 25 januari 2001, Liikenne (C-172/99, Jurispr. blz. I-745, punt 19).

14 — De werknemer kent op basis van het nationale arbeidsrecht bescherming in geval van gewijzigde werkgelegenheidsomstandigheden, zodat hij niet op voorhand en zonder opgaaf van redenen ontslagen mag worden. In het hoofdgeding heeft GMC reeds in januari 1995 getracht de vier vakbondsafgevaardigden „om redenen van economische of technische aard" te ontslaan, maar blijkens de verwijzingsbeschikking is dit verzoek door een paritaire commissie verworpen (zie punt 18 van deze conclusie).

lid 1, van de richtlijn geen definitie gegeven van de begrippen „overgang", „onderneming", „overdracht", „overeenkomst" of „fusie". Om die reden is het de taak van het Hof deze communautaire begrippen af te bakenen. In een uitvoerige rechtspraak en in het licht van de sociale doelstelling van de richtlijn zijn de genoemde basisbegrippen flexibel uitgelegd. Het Hof heeft ervoor gekozen om in plaats van strakke, vastomlijnde definities te werken met criteria die, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, door de nationale rechter moeten worden toegepast.

42. De criteria voor de toepassing van de richtlijn zijn als volgt samen te vatten. Allereerst moet de overgang betrekking hebben op een „onderneming", die is omschreven als een duurzaam georganiseerde economische entiteit. [15] De onderneming dient krachtens „overeenkomst" over te gaan en dienaangaande heeft het Hof gepreciseerd dat in het kader van een contractuele verhouding een wijziging dient op te treden in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van deze entiteit en die als werkgever verplichtingen aangaat met betrekking tot de werknemers van de onderneming. [16]

43. Vervolgens is voor de vraag, of er sprake is van „overgang" in de zin van de richtlijn het *beslissende criterium* of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft, wat met name blijkt doordat de exploitatie ervan in feite wordt voorgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten. [17] Dit criterium is inmiddels door richtlijn 98/50 in artikel 1, lid 1, sub b, van de herziene richtlijn gecodificeerd.

44. Of aan deze voorwaarde is voldaan, moet door de nationale rechter in een concreet geval worden uitgemaakt aan de hand van de uitleggingselementen die door het Hof zijn vastgesteld. Volgens het Hof dient de nationale rechter rekening te houden met *alle* feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging; het feit dat de materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken al dan niet worden overgedragen; de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van overdracht; het feit dat de klantenkring al dan niet wordt overgedragen; de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van de 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. [18]

45. Aangezien de nationale rechter bij de beoordeling van een transactie rekening dient te houden met alle feitelijke omstandigheden, dienen naar mijn mening bij transacties tot uitbesteding van diensten ook de aard en de kenmerken van de

15 — Arrest van 19 september 1995, Rygaard (C-48/94, Jurispr. blz. I-2745, punt 20). Zie arrest Liikenne, aangehaald in voetnoot 13, punt 31.

16 — Arrest van 5 mei 1988, Berg (144/87 en 145/87, Jurispr. blz. 2559, punt 19).

17 — Arrest Spijkers, aangehaald in voetnoot 13, punt 11.

18 — Arrest Spijkers, aangehaald in voetnoot 13, punt 13.

desbetreffende markten voor dienstverlening betrokken te worden. Dat kan worden bewerkstelligd door deze karakteristieken te betrekken bij de uitlegging van de begrippen „overeenkomst" en „onderneming" in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn.

46. De rechtspraak van het Hof inzake de genoemde begrippen heeft een opmerkelijke evolutie ondergaan.

47. Zo is het vereiste dat de overgang krachtens „overeenkomst" moet plaatsvinden niet beperkt tot situaties waarin rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de vervreemder en de verkrijger van de onderneming bestaan. Wegens verschillen tussen taalversies en tussen nationale wettelijke regelingen moet voor de strekking van dit begrip ook worden gelet op de opzet en het doel van de richtlijn. [19] Om die reden heeft het Hof het begrip „overeenkomst" zodanig opgerekt dat de richtlijn reeds van toepassing is wanneer *in het kader van 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. [20] Het is bijvoorbeeld niet relevant of eigendomsoverdracht plaatsvindt [21] of dat er een op de overdracht gerichte wilsovereenstemming bestaat. [22] De constructie waarbij ontbinding van een pachtovereenkomst van een restaurant wordt gevolgd door een nieuwe pachtovereenkomst met een andere exploitant, staat niet in de weg aan de toepassing van de richtlijn. De redenering van het Hof is dat in een dergelijke situatie de overgang in twee fasen via een derde geschiedt in die zin, dat de onderneming eerst door de oorspronkelijke pachter aan de eigenaar wordt overgedragen, die ze op zijn beurt aan de nieuwe pachter overdraagt. [23]

48. Het Hof is evenwel niet zo ver gegaan dat het heeft geaccepteerd dat een band tussen de vervreemder en de verkrijger volledig mag ontbreken. In het arrest Redmond Stichting, waarin de overheid — de gemeente Groningen — haar subsidiebeleid wijzigde en besloot om de subsidie aan een stichting gericht op hulpverlening aan verslaafden in te trekken om ze vervolgens bij een andere stichting met dezelfde doelstelling te verstrekken, hechtte het Hof, bij het oordeel dat de richtlijn van toepassing kon zijn, een zekere waarde toe aan het gegeven dat de oude en de nieuwe

19 — Vgl. arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, Jurispr. blz. 469, punt 13).

20 — Zie bijvoorbeeld arrest van 7 maart 1996, Merckx en Neuhuys (C-171/94 en C-172/94, Jurispr. blz. I-1253, punt 28).

21 — Zie bijvoorbeeld arrest van 17 december 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Jurispr. blz. 5465).

22 — De richtlijn kan van toepassing zijn in het geval waarin de verpachter of verhuurder de exploitatie van de verpachte of verhuurde onderneming in eigen hand neemt, nadat de rechter de pacht- of huurovereenkomst heeft ontbonden wegens wanprestatie. Zie arrest van 5 mei 1988, Berg, aangehaald in voetnoot 16, punt 19.

23 — Arrest van 10 februari 1988, Tellerup, „Daddy's Dance Hall" (324/86, Jurispr. blz. 739, punt 10). In het arrest Liikenne sloot het Hof de toepassing van de richtlijn niet uit bij de overname door een onderneming van de exploitatie van geregelde streekbuslijnen die voordien door een andere onderneming werd verricht, maar die, door een overeenkomstig richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1) georganiseerde aanbestedingsprocedure, is overgegaan. Het Hof oordeelde dat er sprake is van contractuele betrekkingen overeenkomstig de „twee fasen-leer" indien een publiekrechtelijk rechtspersoon achtereenvolgens aan twee ondernemingen een concessie voor de exploitatie verleend. Arrest Liikenne, aangehaald in voetnoot 13, punten 28-30.

stichting in onderling overleg de overheveling van patiënten, huisvesting, kennis en middelen regelden.[24] In het geval waarin een verkoopconcessie voor motorvoertuigen werd beëindigd en een nieuwe concessie werd verleend aan een andere onderneming, oordeelde het Hof de omstandigheid dat tussen de voornaamste aandeelhouder van de oude onderneming en de nieuwe concessionaris een „overeenkomst en garantie" was gesloten, met een regeling voor kosten in verband met de overdracht van personeel, als een bevestiging van het bestaan van een overdracht krachtens overeenkomst in de zin van de richtlijn.[25]

49. In het arrest Süzen overwoog het Hof dat het ontbreken van een rechtstreekse contractuele band tussen de twee ondernemers aan wie achtereenvolgens de schoonmaakwerkzaamheden in een schoolgebouw zijn opgedragen, niet van doorslaggevend belang kan zijn voor de toepassing van de richtlijn.[26] Tegelijkertijd handhaafde het Hof echter het vereiste dat er in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging moet plaatsvinden in de exploitatie van de onderneming.[27]

50. Het volledig loslaten van het vereiste van contractuele betrekkingen tussen verkrijger en vervreemder zou overigens ook contra legem zijn. De tekst van de richtlijn maakt immers uitdrukkelijk melding van de contractuele verhoudingen in de vorm van een overeenkomst of fusie.

51. Naast het begrip „overeenkomst" heeft zich in de rechtspraak ook het begrip „onderneming" in de zin van artikel 1, lid 1 van de richtlijn ontwikkeld. Het Hof gaat ervan uit dat de richtlijn kan worden toegepast wanneer de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische entiteit, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt. Het begrip „entiteit" of eenheid verwijst naar een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.[28] Slechts indien de identiteit van een dergelijke economische eenheid bewaard blijft, kan er sprake zijn van een overname. De identiteit kan echter behouden blijven, indien bijvoorbeeld de bedrijfszetel naar een andere gemeente verhuist, de vervreemder alle activiteiten na overdracht staakt en een groot deel van de werknemers wordt ontslagen.[29]

52. Een dergelijke extensieve uitleg staat ook centraal in het arrest Süzen, waarin het begrip „economische eenheid" wordt geabstraheerd van de aanwezigheid van activa. In sectoren waar een economische entiteit zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, kan het behoud van de identiteit van een dergelijke entiteit na de haar betreffende transactie, zo redeneert het Hof, per definitie immers niet afhangen van de overdracht van dergelijke activa. In bepaalde sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de verrichte activiteiten, zoals de schoonmaaksector, erkent het Hof dat een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een

24 — Arrest van 19 mei 1992 (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189, punt 27).

25 — Arrest Merckx en Neuhuys, aangehaald in voetnoot 20, punten 30 en 31.

26 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 11.

27 — Aangehaald in voetnoot 3, punt 12.

28 — Zie arrest Liikenne, aangehaald in voetnoot 13, punt 31.

29 — Zie arrest Merckx en Neuhuys, aangehaald in voetnoot 20, punten 20-26.

economische entiteit kan vormen. Derhalve kan een dergelijke entiteit haar identiteit ook na de overdracht behouden, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet. [30]

53. Deze redenering geeft de grens weer van hetgeen het Hof toelaatbaar heeft geacht om de richtlijn van toepassing te laten zijn. Andere arresten gaan minder ver. Het boren van mijnschachten [31] en de exploitatie van buslijnen [32] zijn geen activiteiten waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn. In het arrest Rygaard is duidelijk gemaakt dat 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 de richtlijn is. In deze zaak had onderneming A een opdracht aanvaard om voor onderneming B timmerwerk uit te voeren. Met instemming van onderneming B liet onderneming A vervolgens een deel van de opdracht uitvoeren door onderneming C. Hier is volgens het Hof geen sprake van overname tussen ondernemingen A en C, omdat de overdracht van het werk niet gepaard ging met de overdracht van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet. [33]

54. In het arrest Süzen is op ondubbelzinnige wijze aangegeven dat bij de uitbesteding van diensten niet reeds op grond van de omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten verrichten, kan worden geconcludeerd dat er sprake is van een overdracht van een economische entiteit. Een entiteit valt namelijk niet te reduceren 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. Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent kan als zodanig, aldus het Hof, dan ook niet een aanwijzing zijn voor een overgang in de zin van de richtlijn. [34]

55. Deze rechtspraak betreffende het object van de overname in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn toont aan dat het Hof het behoud van de identiteit van de economische eenheid ruim uitlegt, maar de identiteit dient wel een zekere organisatiegraad en duurzaamheid te kennen en kan niet uitsluitend aan de hand van de opdracht van één klant worden ontleend.

30 — Arresten Süzen, punten 18 en 21, en Hernández Vidal e.a., punt 27, beide aangehaald in voetnoot 3. In het arrest Hidalgo e.a., dat op dezelfde dag gewezen werd als het arrest Hernández Vidal e.a., heeft het Hof ook de bewakingssector aangeduid als een economische sector waarin veelal slechts een minimum aan activa is en de arbeidskrachten de voornaamste factor uitmaken (C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 26).

31 — Arrest van 2 december 1999, Allen e.a. (C-234/98, Jurispr. blz. I-8643, punt 30).

32 — Arrest Liikenne, aangehaald in voetnoot 13, punt 39.

33 — Arrest Rygaard, aangehaald in voetnoot 15, punt 21.

34 — Arrest Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punten 15 en 16.

De toepassing van de criteria in het onderhavige geval

56. Keren we terug naar de voor ons liggende zaak. De verwijzende rechter heeft op een aantal bijzondere omstandigheden gewezen. Volkswagen had de schoonmaakopdracht in eerste instantie toevertrouwd aan BMV, die de werkzaamheden vervolgens had uitbesteed aan GMC. Er bestond dus geen rechtstreekse contractuele band tussen GMC en Volkswagen en a fortiori evenmin tussen GMC en de nieuwe contractant Temco. Er is voorts geen enkel onderdeel van de activa, van welke aard dan ook, overgegaan van GMC naar Temco. Een deel van het personeel is weliswaar door Temco overgenomen, maar die overname heeft plaatsgevonden nadat de werknemers behalve de vier vakbondsvertegenwoordigers reeds door GMC waren ontslagen. De overname van het personeel is het gevolg van de verplichtingen die voor Temco voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst. Voorts geeft de verwijzende rechter aan dat GMC ook nadat BMV het contract met Volkswagen had verloren, is blijven bestaan. [35]

57. Aangezien het om schoonmaakwerkzaamheden gaat, zou in de lijn van het arrest Süzen uitsluitend onderzocht kunnen worden of Temco de door BMV-GMC verrichte activiteiten bij Volkswagen voortzet en een wezenlijk deel van het personeel overneemt die GMC voor de betrokken schoonmaakwerkzaamheden heeft ingezet. Zoals gezegd, acht ik dit onderzoek te beperkt. Bij de beoordeling van de feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, moet volgens de hierboven weergegeven rechtspraak ook rekening worden gehouden met de aard van de betrokken onderneming [36], alsmede met de aard van de uitgeoefende economische activiteit. [37] Ik geef het Hof in overweging om in dit verband een ruimer aanknopingspunt te nemen door de economische omstandigheden waaronder de transactie plaatsvindt bij het onderzoek te laten meewegen.

58. Dienaangaande valt het mij moeilijk op grond van de gegevens van de verwijzende rechter en met het oog op de economische context te concluderen dat de *identiteit* van het schoonmaakbedrijf in het kader van *contractuele betrekkingen* zou zijn overgegaan op de nieuwe contractant. Slechts valt af te leiden dat Temco een deel van het personeelsbestand van GMC heeft overgenomen om uitvoering te geven aan de overeenkomst die zij met Volkswagen heeft afgesloten.

59. Om te beginnen is duidelijk dat de omstandigheid dat Volkswagen een overeenkomst tot het verrichten van industriële schoonmaakwerkzaamheden aan een nieuwe contractant gunt geen overname oplevert in vennootschapsrechtelijke zin. Er is immers slechts sprake van een overeen-

35 — De door de verwijzende rechter aangehaalde feiten zijn door partijen deels betwist en deels aangevuld. Zo zou het bij BMV en GMC de facto om dezelfde onderneming gaan. GMC zou verder slechts een lege vennootschap zijn, die geen intentie meer zou hebben om activiteiten te verrichten en waarvan het bestaan uitsluitend nog te verklaren zou zijn door de hangende juridische procedures. Daarnaast zijn er twijfels geuit over de mate waarin de collectieve arbeidsovereenkomst van 5 mei 1993 als enige reden heeft gegolden voor de overname van de 42 personeelsleden. Temco zou zonder het gespecialiseerde personeel van GMC niet in staat zijn geweest om de overeenkomst met Volkswagen uit te voeren. Het staat aan de verwijzende rechter om deze beweringen te onderzoeken. Ik sluit in deze conclusie zoveel mogelijk aan bij de informatie die de verwijzende rechter bij de motivering van het prejudiciële verzoek heeft verschaft.

36 — Arrest Spijkers, aangehaald in voetnoot 13, zie punt 44 van deze conclusie.

37 — Arrest Süzen, aangehaald in voetnoot 3, zie punt 52 van deze conclusie.

komst tot het verrichten van bepaalde economische activiteiten. In het licht van de eerder vermelde punten in het arrest Süzen [38] is voorts het gegeven dat BMV de opdracht tot het verrichten van schoonmaakdiensten bij Volkswagen heeft verloren aan Temco, geen aanwijzing voor overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn.

60. Van een „overname van onderneming krachtens overeenkomst of fusie" kan, zo meen ik, immers logischerwijs niet worden gesproken louter op grond van de omstandigheid dat bij uitbesteding van diensten de nieuwe opdrachtnemer (een wezenlijk deel van het) personeel overneemt van de vroegere opdrachtnemer. Het maakt daarbij geen verschil of deze overname van personeel vrijwillig plaatsvindt, bijvoorbeeld omdat de nieuwe opdrachtnemer de *know-how* van de personeelsleden nodig heeft voor de uitvoering van de opdracht tot dienstverrichting, of onvrijwillig, bijvoorbeeld omdat een collectieve arbeidsovereenkomst hem daartoe dwingt.

61. Aangaande het vereiste van de contractuele betrekkingen bestaat er, buiten het gegeven dat ze elkaar opvolgen als dienstverrichter voor Volkswagen, geen reële band tussen BMV-GMC en Temco. [39] Temco heeft een deel van het personeel overgenomen *nadat* GMC reeds rechtmatig haar personeelsleden had ontslagen. GMC heeft verklaard op het tijdstip waarop het ontslag van de 76 werknemers werd aangevraagd ook nog niet op de hoogte te zijn van geweest van de identiteit van de nieuwe opdrachtnemer. Uit de feiten die de verwijzende rechter heeft uiteengezet blijkt dat voor het ontslag al op 30 november 1994 toestemming is verleend door de Brusselse Gewestelijke Dienst voor Arbeidsbemiddeling, terwijl Volkswagen het contract met Temco in december 1994 is aangegaan. Van een kunstmatige constructie tussen GMC, BMV en Temco, bijvoorbeeld om te ontkomen aan de toepassing van de richtlijn, is niet gebleken. Naar mijn oordeel kan dan van een contractuele betrekking, ook indirect, geen sprake zijn. De door het Hof in de rechtspraak toegepaste „twee fasen"-redenering dat een rechtstreekse contractuele betrekking tussen de vervreemder en verkrijger niet noodzakelijk is, gaat eveneens uit van een zekere band en bemiddeling van de „intermediaire" onderneming. [40] Niet is echter gebleken dat Volkswagen, als uitbesteder van diensten, zich actief heeft gemengd in de relatie tussen de oude en de nieuwe opdrachtnemer.

62. Daarnaast blijft de identiteit van het bedrijf niet bewaard. Die identiteit valt in het onderhavige geval niet te ontlenen aan de voortzetting van de gelijke activiteiten — in casu de industriële schoonmaakwerkzaamheden — omdat deze voortzetting inherent is aan de wisseling van opdrachtnemer bij uitbesteding van diensten.

63. Een dergelijke entiteit behoudt naar mijn mening haar identiteit evenmin, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de

38 — Zie punt 54 van deze conclusie.

39 — Enig contact is er wel geweest tussen de oude en de nieuwe dienstverlener. Het dossier bevat een kopie van een brief van Volkswagen aan Weisspunkt, waarvan BMV het actief en passief had overgenomen, gedateerd op 14 december 1994, waarin deze onderneming ervan op de hoogte wordt gesteld dat tot de Temco-groep behorende Euroclean de industriële schoonmaakactiviteiten bij Volkswagen zou overnemen. Voorts blijkt uit het dossier dat een briefwisseling heeft plaatsgevonden tussen GMC en Temco in verband met de informatievoorziening als bedoeld in artikel 3 van de collectieve arbeidsovereenkomst van 5 mei 1993.

40 — Zie in gelijke zin advocaat-generaal La Pergola in zijn conclusie bij het arrest Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 7.

betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet.[41] Aangezien de door GMC ontslagen werknemers kennelijk specifieke kennis bezitten van de werkzaamheden bij Volkswagen[42], is het vanuit het perspectief van de markt een volstrekt normale gang van zaken dat Temco een deel van de ontslagen personeelsleden een contract heeft aangeboden. Het louter overnemen van een wezenlijk deel van het personeel door een nieuwe opdrachtnemer in een dynamische markt houdt in mijn ogen geen verband met de identiteit van een bedrijf en kan dus ook niet steekhoudend zijn. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer niet het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet.[43] Ook indien de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de verrichte activiteiten, kan de identiteit van een bedrijf niet slechts worden afgeleid uit het aantal en de deskundigheid van het overgenomen personeel. Bij het bepalen van de identiteit moet ook rekening gehouden worden met andere factoren die het personeel betreffen, zoals leiding, organisatiestructuur, taakverdeling, scholing en belonings- en promotiesystemen. Wanneer bij uitbesteding van diensten door de wisseling van contracten voor de uitvoering van die specifieke overeenkomst een deel van het personeel overgenomen wordt, kan door het per definitie tijdelijke karakter van de overeenkomst evenmin worden gesproken van een duurzame voortzetting van de betrokken activiteit.

64. Op grond van het voorgaande ben ik dan ook van oordeel dat in het onderhavige geval de richtlijn niet van toepassing is. Er is niet voldaan aan het vereiste dat in het kader van contractuele verhoudingen de identiteit van het bedrijf bewaard blijft.

65. Dat is, zo meen ik, ook een gerechtvaardigde conclusie.

66. Allereerst heeft een andere opvatting als paradoxaal resultaat dat de richtlijn die strekt tot bescherming van *alle* werknemers bij overname van ondernemingen bij uitbesteding van diensten reeds van toepassing is indien *een deel van* de werknemers wordt overgenomen om een kavel gelijke arbeid te verrichten. Het zou nog minder begrijpelijk worden indien de overname van het personeel door de nieuwe contractant niet vrijwillig geschiedt, maar plaatsvindt op basis van verplichtingen die voortvloeien uit een collectieve arbeidsovereenkomst. In dat geval wordt immers de overgang van een onderneming gedicteerd door de collectieve arbeidsovereenkomst.

67. Ten tweede valt niet te verklaren, waarom in het geval waarin een dienstverrichter op grond van economische overwegingen een opdracht verliest omdat een andere onderneming betere voorwaarden zou kennen, de nieuwe dienstverrichter van rechtswege het volledige personeelsbestand zou moeten behouden van de onderneming die de opdracht heeft verloren op grond van de toevallige omstandigheid dat de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de economische activiteit. Een merkwaardig gevolg zou bijvoorbeeld zijn dat bij wisseling van cateraar in de bedrijfskantine wegens slechte service van het personeel de nieuwe opdrachtnemer geconfronteerd

41 — Arrest Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 21.

42 — Zoals ter terechtzitting is aangevoerd door de gemachtigde van Afia-Aroussi en Lakhdar.

43 — Arrest Rygaard, aangehaald in voetnoot 15, punt 21.

wordt met het personeel waar de opdrachtgever niet tevreden mee was. Vanuit de markt bezien, zou een te ruime opvatting onverantwoord zijn en kunnen leiden tot verregaande en onvoorzienbare gevolgen in een dynamische economische werkelijkheid. Het verder oprekken van de criteria voor de toepassing van de richtlijn zal op deze markten onvermijdelijk leiden tot willekeur en rechtsonzekerheid.

68. Ten derde is de richtlijn gericht op de bescherming van het „zittende" personeel, maar bij uitbesteding van diensten gaat het, zoals aangegeven, in mijn visie primair om wisseling van contracten met een tijdelijke looptijd en niet om duurzame overname van een onderneming inclusief het aanwezige personeel. In het onderhavige geval kan de volledige overname van het werknemersbestand met behoud van de rechten van de werknemers welke voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst met GMC, leiden tot discriminatie van de werknemers van Temco. Het is niet uitgesloten dat Temco beter gemotiveerd en gekwalificeerd personeel bezit dat door toepassing van de richtlijn zou worden buitengesloten van de werkzaamheden bij Volkswagen. Voor Temco was Volkswagen slechts één van de vele opdrachtgevers. Temco wordt bovendien de mogelijkheid ontnomen op de arbeidsmarkt op zoek te gaan naar ander personeel. De bescherming van de zittende werknemers leidt zodoende tot een onmiskenbare achterstelling van tot de markt toetredende werknemers.

B — *De bescherming van de richtlijn*

69. Indien het Hof beslist dat er in casu geen sprake is van een overgang van een onderneming, behoeft de tweede vraag geen beantwoording. Voor het geval het Hof een ander oordeel mocht hebben, zal ik deze vraag kort behandelen.

70. De verwijzende rechter wenst met de tweede vraag te vernemen, of de richtlijn eraan in de weg staat dat GMC, in de hoedanigheid van vervreemder in geval van overname, niettemin werknemers in dienst kan houden. In de zaak in het hoofdgeding is een spanningsveld ontstaan doordat het ontslag van de vier vakbondsvertegenwoordigers door GMC niet toegestaan was in verband met nationaalrechtelijke ontslagbescherming. Daardoor zouden de vier wellicht hun rechten op grond van de richtlijn niet of lastiger hebben kunnen uitoefenen. Feitelijk komt deze vraag er dus op neer, of de vier werknemers zich tegenover Temco kunnen beroepen op de bescherming van artikel 3, lid 1, van de richtlijn, indien ze door de ontslagbescherming niet hebben afgezien van een arbeidsbetrekking met GMC en door de vervreemder ook niet zijn ontslagen.

71. Derhalve moet worden onderzocht wat de betekenis is van de betrokken nationale regelgeving, in relatie tot de handelingen van de betrokken werknemers, voor de uitlegging van de richtlijn.

72. De richtlijn beoogt de werknemers te beschermen door het in geval van overname mogelijk te maken dat zij

van rechtswege in dienst komen van de nieuwe werkgever onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen. De bepalingen van de richtlijn hebben, aldus het Hof, in zoverre een dwingend karakter dat er niet van mag worden afgeweken in voor de betrokken werknemers ongunstige zin. Zo kan de overgang van arbeidsovereenkomsten niet afhankelijk zijn van de wil van de vervreemder of van de verkrijger.[44] Ook hebben zij niet de vrijheid in onderling overleg te bepalen op welk tijdstip de aansprakelijkheid voor de uit de arbeidsverhoudingen voortvloeiende verplichtingen overgaat op de verkrijger, omdat verplichtingen van rechtswege op het tijdstip van de overgang op de verkrijger overgaan.[45]

73. Hieruit volgt dat GMC, als vervreemder, geen afbreuk mag doen aan de rechten van de betrokken werknemers door ze in dienst te houden. De omstandigheid dat GMC daartoe gedwongen zou worden door het nationale recht is naar mijn mening niet doorslaggevend. Het nationale recht kan bij toepassing van de richtlijn immers niet ten nadele van deze werknemers worden uitgelegd. De hiervóór genoemde rechtspraak verzet zich tegen een dergelijke uitlegging, die bovendien afbreuk doet aan het nuttig effect van de richtlijn.

74. Het dwingende karakter van artikel 3, lid 1, van de richtlijn wordt echter begrensd door het recht van vrije arbeidskeuze van de werknemer. Het Hof heeft geoordeeld dat de door de richtlijn beoogde bescherming niet nodig is, wanneer de betrokken werknemer zelf na de overgang zijn dienstbetrekking uit eigen beweging niet met de nieuwe ondernemer voortzet.[46] In dat geval staat het aan de lidstaten om te beslissen, wat met de arbeidsovereenkomst of de arbeidsverhouding dient te geschieden. Het nationale recht kan bijvoorbeeld bepalen dat de arbeidsovereenkomst met de vervreemder in stand blijft.[47]

75. Er bestaat in casu verdeeldheid over de vraag of de vier vakbondsafgevaardigden vrijwillig hebben afgezien van een overgang naar Temco. Het Arbeidshof vermeldt in het verwijzingsbesluit dat de vier in de periode tot hun ontslag door GMC in december 1995 nooit hebben gesteld dat zij in dienst van Temco waren getreden. Doordat zij dachten een bijzondere ontslagbescherming te genieten, zouden zij tot hun ontslag door hun gedrag te kennen hebben gegeven, dat zij nog steeds tot het personeel van GMC behoorden.

76. Deze vaststellingen worden evenwel bestreden door GMC-BMV en de vier vakbondsafgevaardigden. Zij betogen dat in de periode van 9 januari 1995 tot 11 december 1995 de vier weliswaar nog op de *payroll* stonden en een deel van hun salaris kregen doorbetaald van GMC, zonder daarvoor arbeid te verrichten, maar dat deze houding is veroorzaakt door de weigering van Temco hen over te nemen. Daardoor zou van een vrijwillig afzien van overname geen sprake zijn geweest.

44 — Zie arrest van 14 november 1996, Rotsart de Hertaing (C-305/94, Jurispr. blz. I-5927, punten 16-20).

45 — Arrest Rotsart de Hertaing, aangehaald in voetnoot 44, punt 24.

46 — Arrest van 11 juli 1985, Danmols Inventar (105/84, Jurispr. blz. 2639, punt 16).

47 — Arrest van 16 december 1992, Katsikas e.a. (C-132/91, C-138/91 en C-139/91, Jurispr. blz. I-6577, punten 35 en 36).

77. De ingediende opmerkingen en de toelichting van partijen tijdens de hoorzitting maken het niet goed mogelijk vast te stellen of de vier door hun gedrag vrijwillig afstand hebben gedaan van hun vermeende rechten krachtens de richtlijn. Het moet daarom aan de nationale rechter, in het licht van de feitelijke omstandigheden, worden overgelaten een eindoordeel te vellen. Hij dient daarbij rekening te houden met het gegeven dat de vakbondsafgevaardigden een op het nationale recht gebaseerde bijzondere rechtsbescherming genoten, die een zekere terughoudendheid kan verklaren van de kant van de vier om over te willen gaan naar Temco. Aangezien de verplichtingen op het tijdstip van de overname rechtens overgaan op de verkrijger, dunkt mij dat de nationale rechter moet uitgaan van de gedragingen van de betrokken werknemers in de periode waarin de overgang heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen, rond 9 januari 1995. Ook het rechtszekerheidsbeginsel ten opzichte van verkrijger en vervreemder dwingt hiertoe.

VI — Conclusie

78. Op grond van het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door het Arbeidshof te Brussel gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

„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 de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, is niet van toepassing op de situatie waarin een onderneming A de schoonmaak van haar industriële installaties aan onderneming B heeft opgedragen, die deze werkzaamheid uitbesteedt aan onderneming C, welke ten gevolge van het feit dat onderneming B de opdracht verliest al haar personeel ontslaat met uitzondering van vier personen, terwijl nadien onderneming A de opdracht toevertrouwt aan onderneming D, die ingevolge een collectieve arbeidsovereenkomst een gedeelte van het personeel van onderneming C in dienst neemt, doch zonder enig element van de activa van laatstbedoelde onderneming over te nemen, die blijft bestaan en haar maatschappelijk doel blijft nastreven.

2) De tweede vraag behoeft geen beantwoording."