CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL A. LA PERGOLA

van 15 oktober 1996 *

I — Inleiding

1. Met de prejudiciële vragen die het voorwerp zijn van de onderhavige zaak, wordt het Hof verzocht de werkingssfeer van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan [1] (hierna: „richtlijn"), te preciseren en met name vast te stellen, of de opzegging van een overeenkomst inzake schoonmaakwerkzaamheden met de ene onderneming, gevolgd door de verlening van deze opdracht aan een andere onderneming, valt onder het begrip „overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan" ingevolge een „overdracht krachtens overeenkomst" in de zin van genoemde richtlijn.

II — De feiten

2. Verzoekster in het hoofdgeding, A. Süzen, was sinds april 1987 bij verweerster in dienst en werkte als schoonmaakster in het Aloisiuskolleg GmbH, een instelling voor voortgezet onderwijs onder kerkelijk beheer te Bonn-Bad Godesberg, waarvoor verweerster een opdracht voor het schoonmaken van de lokalen had ontvangen.

Bij schrijven van 15 februari 1994 deelde verweerster verzoekster mede, dat de schoonmaakopdracht vermoedelijk op 30 juni 1994 zou eindigen en dat zij derhalve gedwongen was, uit voorzorg de arbeidsverhouding met verzoekster met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn tegen 30 juni 1994 te beëindigen. Verweerster bood verzoekster in dit schrijven evenwel aan, de arbeidsverhouding voort te zetten indien de schoonmaakopdracht toch opnieuw aan haar zou worden vergeven.

Verweersters overeenkomst met het Aloisiuskolleg werd inderdaad per 30 juni 1994 beëindigd. Het Aloisiuskolleg verleende de opdracht vervolgens met ingang van 1 augustus 1994 aan Lefahrt GmbH, in het hoofdgeding geroepen partij ter ondersteuning van verweerster. Voor de verwijzende rechter vorderde verzoekster daarop nietigverklaring van het ontslag wegens niet-inachtneming van de wettelijke termijn.

* Oorspronkelijke taal: Italiaans.

1 — PB 1977, L 61, blz. 26.

3. Om te kunnen beslissen, of het ontslag van verzoekster rechtmatig was, dient naar het oordeel van de verwijzende rechter eerst te worden vastgesteld, of de beëindiging van de schoonmaakopdracht ten aanzien van verweerster en de daaropvolgende verlening van de opdracht aan de in het geding geroepen partij kan worden beschouwd als een overgang van een vestiging of een onderdeel daarvan in de zin van de richtlijn. Zo ja, dan zou volgens deze rechter de arbeidsverhouding van verzoekster ongetwijfeld voortbestaan met de in het hoofdgeding geroepen partij. Om die reden achtte de verwijzende rechter het noodzakelijk, het Hof de volgende vragen te stellen:

„1) Vindt, gelet op de arresten van het Hof van 14 april 1994 (zaak C-392/92, Schmidt, Jurispr. 1994, blz. I-1311) en 19 mei 1992 (zaak C-29/91, Redmond Stichting, Jurispr. 1992, blz. I-3189), richtlijn 77/187/EEG ook dan toepassing, wanneer een onderneming de overeenkomst met een andere onderneming opzegt om deze vervolgens over te dragen aan een derde onderneming?

2) Is er ook sprake van overdracht krachtens overeenkomst in de zin van de richtlijn in een situatie als geschetst in de eerste vraag, wanneer er geen materiële of immateriële productiemiddelen worden overgedragen?"

III — Toepasselijke gemeenschapswetgeving

In artikel 1, lid 1, van de richtlijn wordt bepaald:

„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 4, lid 1, eerste alinea, luidt als volgt:

„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 — Onderzoek van het geding

4. De vragen van de verwijzende rechter stellen het Hof voor de keuze tussen twee theoretisch mogelijke alternatieven. Enerzijds — ik ga hierop nog nader in — kan uit de rechtspraak van het Hof worden afgeleid, dat de aan het onderhavige geding ten grondslag liggende feiten en omstandigheden als een overgang van onderneming moeten worden beschouwd. De onderhavige zaak zou dan een van de door de richtlijn geregelde casusposities betreffen. Anderzijds biedt deze zaak ons de gelegenheid om de in de desbetreffende arresten geformuleerde criteria onder de loep te nemen. Het begrip „overgang van onderneming" in de richtlijn behoeft immers verdere precisering. Wie het gemeenschapsrecht uitlegt, behoort dit begrip te definiëren zoals vereist door het systeem van de richtlijn en met name door de bepaling die ter bescherming van de werknemer is opgenomen, om te waarborgen dat de overgang als zodanig voor de vervreemder of verkrijger geen reden kan zijn tot ontslag. De overgang van een onderneming of vestiging is een overgang bij overeenkomst, waarvan de gemeenschapswetgever de typische inhoud niet uitdrukkelijk regelt, doch wel veronderstelt. Het Hof heeft er meermaals op gewezen, dat de in de richtlijn bedoelde overgang van onderneming niet „uitsluitend op basis van een letterlijke uitlegging [van de betrokken handeling] kan worden beoordeeld, wegens (...) de verschillen in de wettelijke regelingen van de Lid-Staten met betrekking tot het begrip overdracht krachtens overeenkomst". [2] Het feit dat het begrip overgang van onderneming in de onderscheiden nationale rechtsordes verschillend wordt uitgelegd en het gemeenschapsrecht voor de definitie van dit begrip naar geen van deze rechtsordes heeft verwezen, sluit mijn inziens echter niet uit, dat dit begrip in de richtlijn steeds in een precieze technische betekenis wordt gehanteerd. Hetzelfde geldt overigens voor het andere begrip dat naast overgang in de bepaling voorkomt, te weten „fusie". Bij de uitlegging moet derhalve ten minste de wezenlijke en niet-reduceerbare inhoud van het begrip overgang van onderneming ten gevolge van overdracht worden bepaald. Dit is een vooraf te behandelen punt, waarop de oplossing van het onderhavige geding moet worden gebaseerd.

5. Wanneer men de ontwikkeling van de rechtspraak bestudeert, wordt duidelijk, dat het Hof ernaar heeft gestreefd, de overgang van ondernemingen, vestigingen of bedrijfsonderdelen niet-formalistisch te bezien en aldus heeft vermeden de definitie in starre criteria te verankeren. Het begrip blijkt veeleer te worden afgetast en geleidelijk te worden afgebakend aan de hand van de bijzondere omstandigheden van de diverse concrete zaken. In de uitoefening van zijn interpretatieve taak draagt het Hof er zorg voor, dat een zo breed mogelijke basis ontstaat voor de beoordeling van elk afzonderlijk geval, zonder elementen buiten beschouwing te laten die nuttig zijn voor de kwalificatie van de overeenkomst waarmee de overgang tot stand komt; dit is meestal een complexe overeenkomst. Het Hof heeft zich er vaak toe beperkt, de criteria aan te reiken die de nationale rechter zal moeten toepassen om een bepaalde casuspositie te herleiden tot een van de gemeenschapsrechtelijk relevante situaties. Vanuit dezelfde optiek laat het Hof het over aan de verwijzende rechter — de dominus litis in het hoofdgeding waarin de prejudiciële vraag is gerezen — om de desbetreffende vaststellingen te doen, omdat het erkent dat hij over de feitelijke gegevens beschikt die voor een juiste beoordeling van de onderliggende contractuele aspecten van belang zijn.

2 — Arresten van 7 februari 1985 (zaak 135/83, Abels, Jurispr. 1985, blz. 469) en 19 mei 1992 (zaak C-29/91, Redmond Stichting, Jurispr. 1992, blz. I-3189).

De hiervoor bedoelde criteria zijn met name opgesomd in het arrest Spijkers [3], waarin wordt gezegd, dat rekening moet worden gehouden „met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken". Deze koers is in latere rechtspraak voortgezet. [4]

6. Uit de rechtspraak [5] van het Hof blijkt eveneens, dat wanneer de verrichting van een bijkomstige dienst van een onderneming aan een derde wordt opgedragen, deze dienst daarmee een eigen zelfstandige economische en functionele inhoud verkrijgt, zodat deze aldus gekwalificeerde activiteit onder de richtlijn valt. In het arrest Schmidt [6], dat in de prejudiciële vragen overigens expliciet door de verwijzende rechter wordt aangehaald, wordt ook een activiteit die slechts door één werknemer wordt verricht, door het Hof als zodanig aangemerkt.

Een ander gegeven dat uit de door het Hof op dit gebied gewezen arresten kan worden afgeleid, is dat de wijze van overdracht niet ter zake doet. In het bijzonder achtte het Hof het irrelevant, of de overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan rechtstreeks geschiedt tussen twee rechtssubjecten — de vervreemder en de verkrijger — dan wel slechts indirect, via diverse contractuele mechanismen, waarmee een driezijdige overeenkomst ontstaat. Voorbeelden van deze interpretatie zijn te vinden in de arresten Daddy's Dance Hall [7], Bork e. a. [8], Redmond Stichting [9] en Merckx en Neuhuys. [10]

7. Zoals gezegd, zouden de door het Hof bij andere gelegenheden — met name in het arrest Schmidt International — geformuleerde criteria kunnen worden gebruikt om het onderhavige geval analoog te behandelen aan de zaken waarin eerder uitspraak is gedaan en de richtlijn van toepassing te verklaren. Dat zou een gemakkelijke oplossing zijn. Doch ik moet zeggen, dat een dergelijke oplossing mij om meer dan één reden verbaast. De verlening van een opdracht tot het verrichten van door een onderneming benodigde diensten (van welke aard ook) aan een andere entiteit is een keuze uit economische overwegingen, die de concurrentie tussen verschillende gegadigden garandeert. Ik zie niet in, hoe men dan zou kunnen rechtvaardigen, dat de ondernemer aan wie de opdracht is verleend, verplicht zou zijn ook het personeel te behouden van de onderneming die de opdracht voorheen verrichtte, maar die de opdracht is kwijtgeraakt of waaraan de opdracht bij de vervolgens georganiseerde openbare aanbesteding in elk geval niet is gegund.

Afgezien daarvan, bestaat er in casu geen enkele betrekking tussen de beide ondernemingen die elkaar in de verrichting van de

3 — Arrest van 18 maart 1986 (zaak 24/85, Jurispr. 1986, blz. 1119, r. o. 13).

4 — Arrest Redmond Stichting, reeds aangehaald, en arrest van 12 november 1992 (zaak C-209/91, Watson Rask en Christensen, Jurispr. 1992, blz. I-5755).

5 — Arrest Watson Rask en Christensen, reeds aangehaald.

6 — Arrest van 14 april 1994 (zaak C-392/92, Jurispr. 1994, blz. I-1311).

7 — Arrest van 10 februari 1988 (zaak 324/86, Jurispr. 1988, blz. 739).

8 — Arrest van 15 juni 1988 (zaak 101/87, Jurispr. 1988, blz. 3057).

9 — Aangehaald in voetnoot 2.

10 — Arrest van 7 maart 1996 (gevoegde zaken C-171/94 en C-172/94, Jurispr. 1996, blz. I-1253).

opdracht zijn opgevolgd. Het enige wat hen in zekere zin kan verbinden, is eigenlijk de omstandigheid dat de opdrachtgever dezelfde is. [11] Dit volstaat mijns inziens evenwel niet om het onderhavige geval gelijk te stellen met de gevallen die het Hof eerder heeft behandeld in de zaken Daddy's Dance Hall, Schmidt en Merckx en Neuhuys. Men moet namelijk vaststellen — hetgeen verweerster in deze zaak overigens heeft gedaan — dat er in de zaken waarin het Hof in het verleden uitspraak heeft gedaan, niettemin telkens sprake was van een band met een entiteit waarvan de bij de overgang betrokken ondernemingen in feite afhankelijk waren. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak Redmond Stichting (reeds aangehaald): twee stichtingen ontvingen hun economische middelen van de overheid (de gemeente Groningen), die daarmee besliste over hun voortbestaan en hun beleid. Derhalve kon worden aangenomen, zij het impliciet, dat de overdracht in dit geval tot stand was gekomen ten gevolge van de gemeenschappelijke belangen en de eenheid van wil, feitelijk die van de overheid, van wie de stichtingen hun middelen van bestaan ontvingen. Beide stichtingen werkten in het kader van hun gemeenschappelijke afhankelijkheid van de overheid met elkaar samen en hadden inderdaad een overeenkomst gesloten inzake de overdracht van kennis en middelen.

Dit wilselement, of dit nu tot uiting komt in de vorm van een overeenkomst bij een overdracht, of blijkt uit een fusie, is evenwel kenmerkend voor een overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan en is in casu duidelijk niet aanwezig.

8. De onderhavige zaak heeft echter nog een aspect, verband houdend met de tweede vraag van de verwijzende rechter, dat verdient nader te worden belicht, te weten het begrip „overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan" zelf. Zoals wij hebben gezien, interpreteert het Hof dit begrip ruim en is het verder van oordeel, dat per geval aan de hand van de feitelijke omstandigheden moet worden vastgesteld, of er sprake is van een overgang. Dit is een standpunt dat de nodige flexibiliteit toelaat bij de toepassing van de criteria op de verschillende situaties die zich in de economie in de Gemeenschap kunnen voordoen. Dit neemt echter niet weg, dat nog altijd moet worden nagegaan — daarop heb ik reeds gewezen — wat de *wezenlijke* inhoud van „overgang van onderneming" is. Vastgesteld moet worden, van welke noodzakelijke voorwaarde de toepassing van de richtlijn afhankelijk is. Met het criterium dat het Hof in het arrest Spijkers heeft geformuleerd, lijkt mij echter geen punt te zijn gezet achter het onderscheid tussen gevallen waarin een onderneming of vestiging wordt overgedragen, en gevallen waarin de kenmerkende elementen van een dergelijke overeenkomst ontbreken.

9. Ik ben daarom van mening, dat de overgang van een onderneming beter kan worden gedefinieerd en gekarakteriseerd aan de hand van andere situaties die niet onder het bepaalde in de richtlijn vallen. De onderhavige zaak illustreert overigens zeer goed, hoe noodzakelijk het is dit begrip nauwkeurig af te bakenen. Beëindiging van een opdracht ten aanzien van de ene onderneming en de daar-

11 — Zie in dit verband de beslissing die het Hof heeft gegeven in zijn arrest van 19 september 1995 (zaak C-48/94, Rygaard, Jurispr. 1995, blz. I-2745), in een situatie die grote overeenkomsten vertoonde met het onderhavige geval.

opvolgende verlening aan een andere onderneming, zoals in casu, is nog geen overdracht

Het wezenlijke kenmerk van laatstbedoeld begrip uit het overeenkomstenrecht, dat minimaal aanwezig moet zijn, is derhalve — en hiermee sluit ik mij aan bij de door de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Franse en de Duitse regering alsmede door verweerster in het hoofdgeding aangevoerde argumenten — de *daadwerkelijke* overdracht van materiële of immateriële activa, zulks uiteraard telkens in het kader van de op een *wilsbesluit* gebaseerde betrekkingen die tussen de vervreemder en de verkrijger moeten bestaan. Een ander criterium, zoals de loutere voortzetting van een voorheen door een andere onderneming uitgeoefende activiteit zonder dat er goederen of rechten worden overdragen, biedt onvoldoende garanties om het ene geval te kunnen onderscheiden van het andere. [12] Het omgekeerde gaat wel op: de overgang van materiële of immateriële activa van het ene rechtssubject op het andere, gepaard gaande met de voortzetting van de betrokken activiteit, kan op zichzelf doorslaggevend zijn voor de vaststelling, of de voorwaarden voor toepassing van de richtlijn voorhanden zijn.

Aan de door mij bereikte conclusie wordt mijns inziens niet afgedaan door de overweging, dat ondernemingen die diensten van de in het geding zijnde soort verrichten, worden gekenmerkt door een zeer gering percentage onroerende activa. Van een overdracht van rechten en goederen die bijdragen tot de vorming en de identiteit van de onderneming — hoe gering het daarmee gemoeide bedrag ook is — is immers ook sprake bij een overgang van een onderneming of vestiging in de dienstensector.

10. Nog een laatste overweging met betrekking tot de overname van personeel. De richtlijn heeft zonder enige twijfel ten doel, het behoud van de arbeidsplaats veilig te stellen in de in de richtlijn geregelde gevallen. 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 nemen dat de desbetreffende activiteit de kenmerken van organisatorische zelfstandigheid vertoont, welke bepalend zijn voor het begrip onderneming, vestiging of onderdeel daarvan. Het is een omstandigheid waaruit als zodanig nog niet kan worden opgemaakt of hier sprake is van een overgang van een onderneming met het noodzakelijke gevolg, dat de arbeidsverhouding van het personeel dat geen dienstverband heeft met de onderneming die de verrichting van de betrokken activiteit of dienst overneemt, is blijven bestaan. Maar dan nog kan de overname van vrijwel al het personeel door de nieuwe onderneming, zoals het Hof diverse malen heeft verklaard [13], slechts een beoordelingselement zijn waarmee naast alle andere in de rechtspraak geformuleerde criteria rekening moet worden gehouden om vast te stellen, of de activiteit al dan niet wordt voortgezet. 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.

12 — Arrest Rygaard, aangehaald in voetnoot 11.

13 — Arrest Spijkers, aangehaald in voetnoot 3, en arrest Watson Rask en Christensen, aangehaald in voetnoot 4.

V — Conclusie

11. Gelet op het voorgaande, geef ik het Hof derhalve in overweging, de vragen van het Arbeitsgericht Bonn als volgt te beantwoorden:

„De beëindiging van een schoonmaakopdracht ten aanzien van een onderneming en de daaropvolgende verlening van deze zelfde opdracht aan een andere onderneming, valt bij gebreke van andere feiten en omstandigheden op grond waarvan de situatie anders zou kunnen worden gekwalificeerd, niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan."