CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL L. A. GEELHOED

van 19 juni 2003 [1]

I — Inleiding

1. Het Oostenrijkse Oberste Gerichtshof heeft het Hof een prejudiciële vraag gesteld betreffende de reikwijdte 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 rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (hierna: „richtlijn 77/187" of „richtlijn"). [2]

2. In het hoofdgeding is de vraag gerezen of er sprake is van een overgang van onderneming in de zin van richtlijn 77/187 wanneer een onderneming in opdracht van een zorginstelling de verstrekking verzorgt van maaltijden aan patiënten en personeel, welke activiteiten voordien door een andere onderneming werden geëxploiteerd. De nieuwe onderneming maakt gebruik van voorzieningen als gas, water en energie alsmede bedrijfsruimten en de benodigde keukenuitrusting die ook door de voormalige exploitant zijn gebruikt en die door de opdrachtgever ter beschikking worden gesteld. De nieuwe onderneming neemt echter geen door de oude exploitant ingebrachte productiemiddelen — personeel, voorraden, berekeningen, menu's, diëten, recepten of ervaringen — over en wenst deze ook niet over te nemen.

3. Deze zaak sluit aan op eerdere rechtspraak van het Hof waar de toepassing van richtlijn 77/187 bij uitbesteding van diensten centraal stond. Niettemin zijn er aantoonbare verschillen met de casusposities in arresten als Süzen [3] en Temco. [4] Zo heeft de nieuwe onderneming in het geheel geen personeel overgenomen van de oude. Productiemiddelen zijn evenmin rechtstreeks van de oude onderneming overgegaan op de nieuwe exploitant. Slechts een deel van de door de opdrachtgever beschikbaar gestelde productiemiddelen wordt zowel door de oude als de nieuwe onderneming benut.

1 — Oorspronkelijke taal: Nederlands.
2 — PB L 61, blz. 26.
3 — Arrest van 11 maart 1997 (C-13/95, Jurispr. blz. I-1259).
4 — Arrest van 24 januari 2002 (C-51/00, Jurispr. blz. I-969).

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 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. In artikel 2, sub b, wordt als „verkrijger" in de zin van de richtlijn aangemerkt 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. 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.

6. De richtlijn is twee keer herzien. Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 heeft met name enkele begrippen in het licht van de rechtspraak van het Hof verduidelijkt.[5] 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.[6]

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

5 — Richtlijn tot wijziging van richtlijn 77/187/EEG 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. (PB L 201, blz. 88). De omzettingstermijn van richtlijn 98/50 is verstreken op 17 juli 2001.

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

8. Deze verduidelijking is blijkens de preambule bij richtlijn 98/50, 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. [7]

B — *Nationaal recht*

9. In Oostenrijk is richtlijn 77/187 ten uitvoer gelegd in het Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG). § 3 AVRAG bepaalt, dat onder meer in geval van overgang van een onderdeel van een vestiging op een andere ondernemer, deze laatste als werkgever in alle rechten en verplichtingen van de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen treedt. Volgens vaste rechtspraak van het Oberste Gerichtshof dient deze bepaling te worden uitgelegd in overeenstemming met richtlijn 77/187, zoals gewijzigd, met inachtneming van de uitspraken van het Hof van Justitie ter zake.

7 — Zie overweging 4 van de preambule.

III — **Feiten in het hoofdgeding, verloop van de procedure en de prejudiciële vraag**

10. Door de genuanceerde wijze waarop het Hof de voorwaarden voor toepassing van richtlijn 77/187 heeft uitgelegd, zijn de omstandigheden van het concrete geval van grote betekenis. De verwijzende rechter heeft de feiten in de onderhavige zaak als volgt vastgesteld.

11. Het bestuursorgaan van een niet nader aangeduid ziekenhuis (hierna: „het bestuursorgaan") is in 1990 met Sanrest, een beheersmaatschappij van bedrijfskeukens, een overeenkomst aangegaan voor de verzorging en levering van maaltijden en dranken alsmede voor restauratieve diensten bestaande in de volledige verzorging van patiënten en personeel tegen een voor de dag van verstrekking berekende prijs per persoon. Daarbij moest zij een bepaalde keuze uit schotels (verschillende soorten dieetvoeding) bieden. De maaltijden dienden te worden bereid in de bedrijfsruimten van het ziekenhuis. De werkzaamheden van Sanrest omvatten het samenstellen van het menu, de inkoop, de opslag, de bereiding, de verdeling in porties en het vervoer van de in porties verdeelde maaltijden naar de afdeling doch niet het uitdelen daarvan aan de patiënten, de verstrekking van maaltijden in het personeelsrestaurant alsmede het wassen van de vaat en het reinigen van de gebruikte ruimten. De ruimten zelf, gas, water, energie en de benodigde grote en kleine keukenuitrusting werden door het bestuursorgaan ter beschikking gesteld. Eventuele beschadigingen daarvan moesten door Sanrest worden vergoed. Voor extra

prestaties moest afzonderlijk worden betaald. Daarnaast was Sanrest ook belast met de exploitatie van de eveneens in het ziekenhuis aanwezige cafetaria.

12. Nadat het medio 1998 tot onenigheid tussen het bestuursorgaan en Sanrest was gekomen, zegde eerstgenoemde bij schrijven van 26 april 1999 de overeenkomst met Sanrest op, met inachtneming van de opzegtermijn van zes maanden. Vervolgens heeft het ziekenhuis een aanbesteding ten aanzien van de dienstverleningsopdracht uitgeschreven. Medio oktober 1999 werd Sanrest, die eveneens een offerte had uitgebracht in het kader van de nieuwe aanbesteding van de opdracht, meegedeeld dat de exploitatie van de keuken door Sodexho werd overgenomen.

13. Daarop stelde Sanrest zich op het standpunt, dat het hier om een overgang van een bedrijfsonderdeel ging. De beheerder van Sodexho weigerde evenwel het materiaal, de aanwezige voorraden en de werknemers van Sanrest over te nemen. Evenmin kreeg hij van Sanrest berekeningen, menu's, diëten, recepten of rapporten inzake opgedane ervaringen. Van de overige klanten van Sanrest nam hij enkel zes tot tien menu's voor de ziekenhuiscreche over.

14. De eisers in het hoofdgeding, die in de keuken respectievelijk in de cafetaria van het ziekenhuis waren tewerkgesteld en in dienst van Sanrest waren, vorderen rechtens vaststelling van de voortzetting van hun arbeidsverhouding met Sodexho. Zij voeren aan, daarin ondersteund door Sanrest, dat het bij de overname van de exploitatie van de keuken en de cafetaria om een overgang van vestiging gaat in de zin van § 3, lid 1, AVRAG respectievelijk artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187. Sodexho zou materiële en immateriële activa en alles bij elkaar een duurzaam georganiseerde economische eenheid met dezelfde klant, hebben overgenomen. Het zou gaan om een vestiging voor productie met commerciële en dienstverlenende aspecten. Volgens eisers zou de vervreemding van de vestiging niet bepalend zijn, maar zou de wijziging van de voor het beheer van de vestiging verantwoordelijke persoon de doorslag geven. De overgang van het personeel zou een gevolg van en geen voorwaarde zijn voor de overgang van vestiging.

15. Deze lezing wordt door Sodexho bestreden. Zij baseert zich kort samengevat op de omstandigheid dat zij noch materiële of immateriële activa als voorraden, menu's, diëten, recepten, berekeningen of rapporten inzake opgedane ervaringen noch een deel van het personeel, heeft overgenomen van Sanrest. De enkel door haar overgenomen ruimten inclusief apparatuur vormden geen arbeidsorganisatorische eenheid in de zin van een overgang van vestiging. De van het ziekenhuis overgenomen bedrijfsuitrusting had ook voor een deel moeten worden aangevuld. Zij exploiteert de keuken volgens haar eigen organisatie, met haar eigen berekeningen en knowhow, en stelt ook eigen menu's samen. Al met al gaat het in haar ogen om niet meer dan een wisseling van opdrachtnemer.

16. De rechter van eerste aanleg wees de vordering van de eisers af en concludeerde dat er geen sprake was van een overgang van vestiging. De appèlrechter deelde deze mening niet en wijzigde het vonnis dienovereenkomstig.

17. In Revision heeft het Oberste Gerichtshof het Hof bij beschikking van 25 juni 2001 en krachtens artikel 234 EG verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Is er sprake van overgang van een onderdeel van een vestiging in de zin van artikel 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 van ondernemingen of vestigingen, wanneer het bestuursorgaan van een ziekenhuis, dat tot dusver een onderneming die bedrijfskeukens exploiteert, heeft belast met de voorziening van patiënten en ziekenhuispersoneel van maaltijden en dranken tegen een voor de dag van verstrekking berekende prijs per persoon, en daartoe water en energie alsmede bedrijfsruimten (centrale keuken) plus de benodigde uitrusting ter beschikking heeft gesteld, na de opzegging van deze overeenkomst deze taken en de tot dusver aan de eerste onderneming ter beschikking gestelde productiemiddelen overdraagt aan een andere onderneming die bedrijfskeukens exploiteert, zonder dat laatstbedoelde onderneming de door eerstbedoelde onderneming zelf ingebrachte productiemiddelen personeel, voorraden, documenten betreffende berekeningen, menu's, diëten, recepten, of opgedane ervaringen overneemt?"

IV — Opmerkingen van de partijen

18. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Sodexho, verweerster in het onderhavige geding, de Europese Commissie en de regering van het Verenigd Koninkrijk. Een hoorzitting heeft plaatsgevonden op 15 mei 2003.

19. Sodexho is van mening dat er geen sprake is van overgang van onderneming. Zij beroept zich erop, dat er geen sprake is geweest van rechtstreeks contact met de voormalige exploitant van de bedrijfskeuken en de cafetaria en dat zij evenmin van deze laatste materiële en immateriële activa heeft overgenomen.

20. Sodexho betwist niet dat de keuken en de cafetaria van het ziekenhuis een georganiseerd geheel van personen, materiële en immateriële elementen zijn, waarmee een economische activiteit kan worden uitgeoefend.

21. Volgens Sodexho is er geen sprake van overgang van onderneming in de zin van richtlijn 77/187 omdat de identiteit van het bedrijf niet bewaard is gebleven.

22. Sodexho heeft noch het personeel, noch de leiding, noch de taakverdeling, noch de bedrijfsvoering en beschikbare productiemiddelen, van Sanrest overgenomen. Enkel de bedrijfsruimten en de benodigde keukenuitrusting die door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld, alsmede voorzieningen als gas, water en energie, zijn in gebruik genomen door Sodexho. De beschikbaar gestelde voorzieningen zijn op zichzelf echter niet voldoende om te concluderen dat de identiteit van het bedrijf is behouden. Evenmin kan op grond van de enkele omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten verrichten, worden geconcludeerd dat er sprake is van een overdracht van een economische entiteit. Louter het opvolgen in de functie is nog geen overgang van vestiging.

23. Sodexho maakt een onderscheid tussen de verschillende sectoren waar het restaurant en de cafetaria onder zouden kunnen vallen. Het gaat om de sector waar arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, de sector waar materiële activa de bepalende factor zijn en de sector waarin beide bovenstaande factoren in gelijke mate bepalend zijn voor de activiteit. Sodexho geeft zelf verder niet aan tot welke sector, volgens haar, het restaurant en het cafetaria van het ziekenhuis behoren.

24. In een sector, waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, kan een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische entiteit vormen. Een dergelijke entiteit behoudt haar identiteit, 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. Indien het restaurant en de cafetaria tot deze sector behoren, kan volgens Sodexho enkel worden geconcludeerd dat er geen sprake is van overgang van onderneming, omdat niemand van het oude personeel is overgenomen door de nieuwe onderneming.

25. In het geval het restaurant en de cafetaria van het ziekenhuis tot de sector behoren, waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, moet het feit dat geen overgang van enig belang van dergelijke, voor de goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, volgens Sodexho tot de conclusie leiden, dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden.

26. Indien het restaurant en de cafetaria van het ziekenhuis tot de sector behoren waarin arbeidskrachten en materiële activa beide als belangrijke factoren worden gezien voor de activiteit, kan er volgens Sodexho evenmin sprake zijn van overgang van onderneming omdat er geen overdracht van personeel en activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden.

27. De Commissie is van mening dat in het onderhavige geval sprake is van overgang van onderneming. Zij komt tot deze gevolgtrekking op basis van de hieronder kort weergegeven argumenten.

28. Evenals de overige partijen die opmerkingen hebben ingediend, is de Commissie van mening dat het hier om een duurzaam georganiseerde economische entiteit gaat waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt.

29. Volgens de Commissie is voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een overgang beslissend, of de identiteit van de economische eenheid waarop de transactie betrekking heeft, bewaard blijft. Voor de bepaling hiervan dient rekening te worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken.

30. Ten eerste moet gekeken worden naar de aard van de betrokken onderneming of vestiging. Het onderhavige geval heeft naar de mening van de Commissie als bijzonderheid dat de producten van deze vestiging hoofdzakelijk maar door één opdrachtgever worden afgenomen, de vestiging (het onderdeel daarvan) is gelokaliseerd in de gebouwen van de opdrachtgever, en deze laatste is eigenaar van essentiële materiële productiemiddelen (vaste activa) die hij in het kader van de opdracht ter beschikking stelt.

31. Ten tweede zijn de keuken van het ziekenhuis en de verdere voorzieningen die worden beschouwd als materiële activa die in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, volgens de Commissie overgenomen door Sodexho. Echter de nieuwe onderneming neemt geen door de oude exploitant ingebrachte productiemiddelen — voorraden, berekeningen, menu's, diëten, recepten of ervaringen — over. De Commissie is van mening dat deze activa echter minder belangrijk zijn.

32. Ten derde heeft Sodexho het personeel van de voormalige ondernemer niet overgenomen. Dit heeft volgens de Commissie echter niet tot gevolg dat er geen sprake is van overgang van onderneming. In het geval een onderneming waarin materiële activa of bepaalde productiemethoden in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, kan de identiteit behouden zijn gebleven ondanks het feit dat het personeel niet is overgenomen.

33. De weigering van Sodexho om het personeel over te nemen is niet in overeenstemming met de bescherming die richtlijn 77/187 geeft aan werknemers. Zeker in het geval dat het gaat om niet-gekwalificeerde werknemers. Werkgevers kunnen de richtlijn omzeilen door het personeel niet over te nemen, zodat ze buiten het toepassingsbereik van de richtlijn vallen.

34. Ten vierde pleit het feit dat de klantenkring is overgedragen, voor de vaststelling dat er sprake is van instandhouding van de identiteit. Evenals het feit dat de verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en er geen onderbreking heeft plaatsgevonden van die activiteiten.

35. Uit de opmerkingen die de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft ingediend komt naar voren dat zij de catering als een arbeidsintensieve sector beschouwt. In een dergelijke sector is het mogelijk voor een nieuwe contractant om toepassing van de richtlijn te ontwijken in het geval de nieuwe contractant nauwelijks activa of een bepaald gedeelte van de werknemers van de oude contractant overneemt. In een dergelijke arbeidsintensieve sector, zijn het over het algemeen de kwetsbare werknemers met een relatief lage opleiding die, indien wordt bepaald dat er geen sprake is van overgang van onderneming, getroffen worden.

36. Echter, op het moment dat een nieuwe contractant nauwelijks activa of een bepaald gedeelte van de werknemers van de oude contractant overneemt, is er enkel sprake van het verrichten van vergelijkbare diensten van de oude en nieuwe contractant. Indien een dergelijke situatie onder richtlijn 77/187 zou vallen, is er al sprake van een overgang van onderneming indien vergelijkbare diensten worden verricht. Deze ruime interpretatie van de richtlijn is eveneens ongewenst.

37. De regering van het Verenigd Koninkrijk draagt drie oplossingen voor de bovenstaande problematiek voor maar geeft verder niet aan welke oplossing de voorkeur heeft.

38. In het geval een nieuwe contractant geen significante materiële activa of een groot gedeelte van het personeel overneemt, is er geen sprake van overgang van onderneming zoals omschreven in de richtlijn. Het doel van de nieuwe contractant om wel of niet personeel over te nemen, is niet relevant voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn. Dit antwoord geeft rechtszekerheid maar heeft als consequentie dat nieuwe contractanten de mogelijkheid hebben om de richtlijn te omzeilen.

39. Het Hof kan ook besluiten dat de wil van de nieuwe contractant om wel of niet werknemers over te nemen (in het bijzonder om toepassing van de richtlijn te ontwijken) bepalend is voor de vraag of een overgang heeft plaatsgevonden. De richtlijn is van toepassing indien i) werknemers niet zijn overgenomen door de nieuwe contractant, ii) er sprake zou zijn van een overgang in het geval de werknemers wel zouden zijn overgenomen, iii) de reden dat de werknemers niet zijn overgenomen was om toepassing van de richtlijn te voorkomen. Dit antwoord geeft eveneens rechtszekerheid maar er kunnen praktische problemen ontstaan bij het achterhalen van de werkelijke redenen van de nieuwe contractant om de werknemers niet over te nemen.

40. Het Hof kan, ten derde, besluiten dat de wil van de nieuwe contractant om geen werknemers over te nemen, een van de factoren is die moet worden meegenomen bij het bepalen of er sprake is van een overgang. De nationale rechter dient echter naar alle factoren te kijken bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een overgang.

41. De tweede vraag die moet worden behandeld vloeit voort uit het feit dat de nieuwe contractant significante vaste activa in gebruik neemt (zoals keukenapparatuur en voorzieningen) die voorheen gebruikt werden door de oude contractant, maar in beide gevallen werden deze voorzieningen ter beschikking gesteld door de opdrachtgever.

42. Bij de vraag op welke manier dient te worden beoordeeld dat de nieuwe contractant materiële activa heeft overgenomen die voorheen werden gebruikt door de oude contractant maar die in beide gevallen ter beschikking zijn gesteld door de opdrachtgever, is de regering van het Verenigd Koninkrijk van mening dat er sprake is van conflicterende rechtspraak. [8]

8 — De conflicterende rechtspraak vloeit volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk voort uit de arresten van 2 december 1999, Allen e.a. (C-234/98, Jurispr. blz. I-8643, punt 30), en van 25 januari 2001, Liikenne (C-172/99, Jurispr. blz. I-745, punt 42). In eerstgenoemd arrest overwoog het Hof dat: „[...] De omstandigheid dat de eigendom van de voor de exploitatie van de onderneming benodigde activa niet aan de nieuwe exploitant is overgedragen, betekent echter niet, dat er geen sprake kan zijn van een overgang. Onder die omstandigheden is het feit dat tussen ACC en AMS geen overdracht van activa heeft plaatsgevonden, niet van beslissende invloed." In het laatstgenoemde arrest overwoog het Hof dat: „In een sector als het geregeld openbaar vervoer per autobus, waarin materiele activa in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, moet het feit dat geen overgang van enig belang van dergelijke, voor de goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, evenwel tot de conclusie leiden, dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden".

43. Deze bestaande frictie moet volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk op de volgende wijze worden omschreven. In het geval onontbeerlijke activa direct van de oude naar de nieuwe contractant worden overgedragen, is dit een bepalende factor voor de vraag of er sprake is van een overgang. Echter indien onontbeerlijke activa ter beschikking worden gesteld door de opdrachtgever aan de nieuwe contractant en het is gebruikelijk dat de voornaamste activa die voor de uitvoering van de activiteit nodig zijn, door de opdrachtgever worden verstrekt, dan is een dergelijke afspraak niet bepalend voor de vraag of er wel of niet een overgang heeft plaatsgevonden.

44. De regering van het Verenigd Koninkrijk vraagt aan het Hof hoe dit in de onderhavige zaak moet worden opgelost.

V — Beoordeling

A — *Rechtspraak van het Hof betreffende de reikwijdte van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187*

45. In het licht van de feiten in het hoofdgeding is het nuttig eerst de belangrijkste beginselen weer te geven van de communautaire rechtspraak betreffende de reikwijdte van artikel 1 van richtlijn 77/187. Daarbij wordt ook de opvatting van het Hof over de toepassing van de

richtlijn bij transacties in de sfeer van de uitbesteding van diensten betrokken. Deze zich gestaag uitbreidende rechtspraak geeft in mijn ogen reeds een belangrijke aanzet voor het antwoord op de prejudiciële vraag.

46. Uit de bewoordingen van artikel 1, lid 1, van de richtlijn blijkt, dat deze van toepassing is indien aan drie voorwaarden is voldaan: de overgang moet een verandering van werkgever teweegbrengen, hij moet betrekking hebben op een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan, en hij moet uit een overeenkomst voortvloeien. [9]

47. Op voorhand moet opgemerkt worden dat richtlijn 77/187 volgens vaste rechtspraak van het Hof beoogt „te verzekeren, dat de werknemers, in geval van wijziging in de persoon van het hoofd van de onderneming, hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven. De richtlijn is dus van toepassing 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."

9 — Arrest Temco, aangehaald in voetnoot 4, punt 21.

48. Het Hof heeft bovendien herhaaldelijk geoordeeld dat: „Voor de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn is het beslissende criterium, of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft, wat met name blijkt doordat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat." [10] Dit vereist, dat aan twee fundamentele voorwaarden moet zijn voldaan, wil men van een overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel kunnen spreken.

49. In de eerste plaats moet de overgang betrekking hebben op een duurzaam georganiseerde economische eenheid, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt. Het begrip eenheid verwijst aldus naar een georganiseerd geheel van personen en van materiële en immateriële activa, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. [11]

50. In de tweede plaats moet de vraag of de onderneming is overgenomen, worden bepaald aan de hand van een aantal feitelijke omstandigheden. Het is dit deel van het onderzoek waar het in deze zaak om draait. Het Hof heeft daarbij een aantal factoren vastgesteld waarmee de nationale

10 — Zie de arresten Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 10; van 18 maart 1986, Spijkers (24/85, Jurispr. blz. 1119, punten 11 en 12), en, het meest recent, van 7 maart 1996, Merckx en Neuhuys (C-171/94 en C-172/94, Jurispr. blz. I-1253, punt 16).

11 — Zie voor rechtspraak arrest Temco, aangehaald in voetnoot 4, punt 23.

rechter rekening moet houden. Het betreft alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals:

(a) de aard van de betrokken onderneming of vestiging;

(b) de vraag of al dan niet materiële activa als gebouwen en roerende zaken worden overgedragen;

(c) de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht;

(d) de vraag of al dan niet vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen;

(e) de vraag of al dan niet de klantenkring wordt overgedragen;

(f) de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen,

en

(g) de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

51. Al deze elementen zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom, aldus het Hof, niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. [12]

B — *Moet de verandering van opdrachtnemer, als de overgang van een onderneming worden beschouwd?*

52. Voordat ik toekom aan de bespreking of de identiteit van het bedrijf bewaard is gebleven, wil ik eerst de aandacht vestigen op de omstandigheden waaronder de ene opdrachtnemer voor de andere in de plaats is gesteld.

53. In het huidige geschil heeft het ziekenhuis de maaltijdverzorging waarin het als werkgever ten behoeve van het personeel en als zorgverlener ten behoeve van de patiënten dient te voorzien, uitbesteed aan een cateringonderneming. Het ziekenhuis is ontvanger van diensten en moet dan ook worden gekwalificeerd als de klant van de cateraar. Voor het ontvangen van de diensten stelt het essentiële productiemiddelen aan de dienstverlener ter beschikking. Na beëindiging van het contract met de oude opdrachtnemer is er na aanbesteding een nieuw contract aangegaan met Sodexho. Sanrest blijft daarbij als bedrijf voortbestaan.

12 — Arresten Spijkers, aangehaald in voetnoot 10, punt 13; Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 14, en Temco, aangehaald in voetnoot 4, punt 24.

54. In deze omstandigheden is er enkel sprake van verlies van een opdracht van de oorspronkelijke dienstverlener en de verwerving van een opdracht door de nieuwe dienstverlener. Een cateringbedrijf zal bij meer klanten en op verschillende locaties diensten verrichten. Enkel het verlies van een klant kan naar mijn oordeel dan ook niet worden gelijkgesteld met de overgang van een onderneming.

55. Dit uitgangspunt vindt, zoals hieronder zal blijken, ook steun in de rechtspraak van het Hof. In deze rechtspraak vat het Hof het begrip overgang enerzijds weliswaar ruim op, maar anderzijds wordt de reikwijdte van het begrip ook begrensd.

56. De richtlijn is van toepassing telkens 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 die als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming.

57. Een onderneming moet overgaan, en wel „ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of fusie" (art. 1, lid 1, sub a). Dat dit begrip niet zo moet worden verstaan dat de overgang uitsluitend op grond van een overeenkomst moet plaatsvinden, was al uit eerdere rechtspraak van het Hof gebleken.

58. Een eenzijdige rechtshandeling, zoals de opzegging van een pachtovereenkomst, geschiedt ook in het kader van een overeenkomst en kan dus onder de richtlijn vallen. In het arrest Redmond Stichting [13] besloot een Nederlandse gemeente tot wijziging van het subsidiebeleid voor de hulpverlening aan verslaafden. De gemeente trok haar subsidie aan een stichting in en kende deze vervolgens toe aan een andere stichting. Het Hof hechtte bij het bepalen van de toepasselijkheid van richtlijn 77/187 belang toe aan het feit dat de oude en de nieuwe stichting in onderling overleg de overheveling van patiënten, huisvesting, kennis en middelen hadden geregeld. Het Hof stelde in het arrest dat in dat geval toch aan het overeenkomstvereiste was voldaan: „In sommige lidstaten worden subsidies verleend bij eenzijdige rechtshandeling onder bepaalde voorwaarden, in andere bij subsidieovereenkomsten." In alle gevallen vindt de wijziging van de subsidieontvanger plaats in het kader van contractuele verhoudingen in de zin van de richtlijn.

59. In het arrest Merckx en Neuhuys [14] hadden bij de wijziging van een concessieovereenkomst voor motorvoertuigen de oude en de nieuwe concessionaris in onderling verband een regeling getroffen voor kosten in verband met de overdracht van personeel, hetgeen het bestaan van een overdracht krachtens overeenkomst in de zin van de richtlijn bevestigde. In de zaak Collino en Chiappero [15] was de overgang gebaseerd op een wet. Het Hof vond ook

13 — Arrest van 19 mei 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189).

14 — Aangehaald in voetnoot 10.

15 — Arrest van 14 september 2000, Collino en Chiappero (C-343/98, Jurispr. blz. I-6659).

hier dat aan het overeenkomstvereiste was voldaan. Met een enkele verwijzing naar het arrest Redmond Stichting stelde het Hof dat de toepasselijkheid van de richtlijn niet kan worden uitgesloten op de grond dat de overgang voortvloeit uit eenzijdige overheidsbesluiten en niet uit de wilsovereenstemming tussen partijen.

60. Het is derhalve niet noodzakelijk dat er rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de vervreemder en de verkrijger bestaan. Indien een besluit aan de overgang ten grondslag ligt, is aan het vereiste voldaan, of dat besluit nu als een overeenkomst, een eenzijdige rechtshandeling, een rechterlijke uitspraak of een wet te bestempelen is. De overgang kan ook in twee fasen geschieden via een derde, bijvoorbeeld de eigenaar of verhuurder. De richtlijn kan dus eveneens van toepassing zijn indien de overgang in twee fasen via een derde geschiedt.

61. Echter, het Hof heeft ook aangegeven dat de reikwijdte van het begrip overgang van een onderneming niet onbegrensd is. De ondergrens van deze ruime uitleg wordt gevormd door hetgeen het Hof in het arrest Süzen [16] overwoog: „Er kan niet reeds op grond van de omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten verrichten, worden geconcludeerd dat er sprake is van een overdracht van een economische entiteit. [...] Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent kan als zodanig niet een aanwijzing voor een overgang in de zin van de richtlijn zijn. De onderneming waaraan de dienst voordien was opgedragen, verliest weliswaar een cliënt, maar blijft niettemin in haar volle omvang voortbestaan, zonder dat er sprake is van een overgang van één van haar vestigingen of onderdelen daarvan op de nieuwe opdrachtnemer".

62. Men kan aldus niet van een overgang spreken in het geval er sprake is van twee concurrerende dienstverleners die verder geen enkele relatie met elkaar hebben behalve het feit dat zij een opvolgend contract met dezelfde klant hebben afgesloten.

63. In het licht van het arrest Süzen kom ik dan ook tot de conclusie dat er in casu geen sprake is van overgang van onderneming omdat er enkel sprake is van verlies van een opdracht. Dit kan alleen anders zijn indien blijkt dat desondanks kan worden gezegd dat de identiteit van de onderneming bewaard is gebleven. Dit is het geval als er in het contract tussen, in dit geval, het ziekenhuis en de nieuwe opdrachtnemer, bepaalde voorwaarden zijn neergelegd, zoals onder andere de verplichting tot overname van het personeel, of indien uit andere factoren blijkt dat toch (een deel van) de onderneming is overgegaan.

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

C — *Behoud van de identiteit*

64. Vaststaat dat er in het contract tussen het ziekenhuis en Sodexho geen voorwaarden omtrent het personeel zijn neergelegd. Er moet dan ook worden bekeken of uit andere factoren blijkt of de identiteit van de onderneming behouden is gebleven. Dit is bepalend voor de vraag of er, ondanks mijn eerdere vaststelling, toch sprake kan zijn van de overgang van onderneming. Het behoud van de identiteit wordt beoordeeld aan de hand van twee fundamentele voorwaarden (zie punten 49-51). Van deze twee fundamentele voorwaarden is de eerste niet in geschil. In casu gaat de verwijzende rechter ervan uit dat de exploitatie van de catering en de cafetaria een georganiseerd geheel van personen en elementen betreft, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. De verwijzende rechter noemt als doel van de onderneming „de verstrekking aan patiënten en personeel van maaltijden tegen bepaalde prijzen". Deze opvatting is in wezen niet bestreden en staat in deze procedure ook niet ter discussie.

65. Zoals gezegd, draait het in deze zaak om de tweede voorwaarde, namelijk of uit andere feitelijke omstandigheden kan worden afgeleid dat er sprake is van behoud van identiteit en dat daarmee de onderneming is voortgezet (zie punt 50). De factoren die het Hof in aanmerking neemt bij de vaststelling of er al dan niet sprake is van overgang van onderneming zal ik hieronder bespreken. Ik wil er nog op wijzen dat deze factoren in hun onderlinge samenhang moeten worden beoordeeld.[17]

De aard van betrokken onderneming of vestiging

66. De markt voor cateringactiviteiten karakteriseert zich door een eindproduct dat een combinatie is van de levering van goederen — de maaltijden zelf — en het verlenen van bepaalde vormen van dienstverlening, onder meer het ter beschikking stellen van arbeidskrachten, het opdienen van de maaltijden in de bedrijfskantine, de samenstelling van het menu, het vervoer van de voeding, en de schoonmaakactiviteiten. Het gaat, zoals ook uit de verwijzingsbeschikking blijkt, om de aaneenschakeling van een aantal handelingen, te weten, het samenstellen van het menu, de inkoop, de opslag, het vervoer, de verstrekking van de maaltijden (voorzover niet rechtstreeks aan de patiënten) en de reiniging.

67. Denkbaar is dat de catering voor een zorginstelling als een ziekenhuis daarnaast een aantal bijzondere kwaliteitskenmerken kent vanwege de specifieke gezondheidseisen die op de werkplek gesteld worden. Deze kunnen bestaan uit extra aandacht voor hygiënevraagstukken en specifieke eisen die worden gesteld aan maaltijden voor bepaalde groepen patiënten (diëten

17 — Arresten Spijkers, aangehaald in voetnoot 10, punt 13; Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 14 en Temco, aangehaald in voetnoot 4, punt 24.

enz.). Niet uitgesloten is verder dat het personeel aan enkele aanvullende eisen moet voldoen welke samenhangen met gezondheidskundige kennis en vaardigheden.

68. De nationale rechter wijst expliciet op het belang van de productiemiddelen voor de bedrijfsvoering in het onderhavige geval. Hij merkt op dat voor het doel van de onderneming — de verstrekking aan patiënten en personeel van maaltijden tegen bepaalde prijzen — de bedrijfskeuken en de uitrusting als essentiële productiemiddelen moeten worden aangemerkt. De identiteit wordt gevormd door een samenstel van productiemiddelen en het personeel is daar een onderdeel van. Het betreft hier een uitbesteding van gekwalificeerde diensten.

69. Volgens de rechtspraak is het behoud van de identiteit in de gevallen waarin uitbesteding van diensten plaatsvindt in zeer belangrijke mate gekoppeld aan de overdracht van personeel of aan de overdracht van activa. Dit hangt af van de aard van het bedrijf. De onderhavige situatie verschilt echter van de eerdere zaken die voor het Hof hebben gespeeld.

70. De rechtspraak die gebaseerd is op de sectoren waar een economische eenheid nagenoeg uitsluitend op basis van het personeel kan functioneren, dus zonder materiële of immateriële activa van betekenis, is niet zonder meer toepasbaar op deze casus. In een dergelijke sector, waar de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, vormt een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische eenheid. Een dergelijke eenheid kan haar identiteit dus ook na de overdracht behouden, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — overneemt van het personeel dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. Met betrekking tot een bewakings- of schoonmaakbedrijf kan een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast, wanneer er geen andere productiefactoren zijn, als economische eenheid worden aangemerkt. [18]

71. Indien de aard van de catering in ziekenhuizen wordt vergeleken met de kenmerken van bijvoorbeeld de schoonmaak- en bewakingssector, komt het mij voor dat de factor „arbeidskrachten" in de sector catering voor ziekenhuizen van geringer belang is dan in de sectoren schoonmaak en bewaking en in geen geval de voornaamste factor uitmaakt. De catering voor ziekenhuizen onderscheidt zich als activiteit in tweeërlei opzicht van schoonmaak- en bewakingsactiviteiten. Ten eerste zijn naast de factor arbeid de

18 — Zie de arresten Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 21; van 10 december 1998, Hernández Vidal, e.a. (C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Jurispr. blz. I-8179, punt 27), en Temco, aangehaald in voetnoot 4, punt 26.

materiële productiemiddelen daarin van grotere betekenis. Ten tweede wegen deskundigheid, kennis, planning en organisatie daarin aanzienlijk zwaarder dan bij schoonmaak- en bewakingsactiviteiten.

72. Gezien de bijzondere kenmerken van het cateringbedrijf moet voor het aantonen van behoud van identiteit vooral worden gekeken naar de immateriële activa, de materiële activa en het personeel.

Immateriële activa

73. In casu is Sodexho in de plaats gekomen van Sanrest. Daarbij is een overgang van de organisatie van het verloop van het werk, knowhow, recepten, voorraden, berekeningen, menu's en van dieetvoorschriften achterwege gebleven. Dat zijn voor een gespecialiseerd cateringbedrijf belangrijke immateriële activa. Ik stel dan ook vast dat er geen sprake is geweest van de overdracht van immateriële activa.

74. Juist in het cateringbedrijf moet worden vastgesteld dat deze immateriële activa bepalend zijn voor de identiteit van een onderneming en een belangrijke concurrentiefactor vormen op deze markt.

Materiële activa

75. Naast de immateriële activa zijn de productiemiddelen die ter beschikking zijn gesteld door de opdrachtgever van belang voor de uitoefening van de activiteit.

76. De nationale rechter wenst in dit verband in het bijzonder te vernemen wat de invloed is van het feit dat water, gas, energie en bedrijfsruimten inclusief uitrusting door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld.

77. De Commissie heeft in zijn opmerkingen betoogd dat de keuken van het ziekenhuis en de verdere voorzieningen die worden beschouwd als materiële activa die in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, zijn overgenomen door Sodexho. Dit betoog berust mijns inziens op een onjuiste beoordeling van de feitelijke situatie. De productiemiddelen die ter beschikking zijn gesteld door de opdrachtgever staan immers slechts gedurende de looptijd van het contract tussen de opdrachtgever en de exploitant ter beschikking aan de exploitant van de keuken. Aangezien de

opdrachtgever eigenaar is van de productiemiddelen, zal na afloop van het contract de opdrachtgever weer zelf volledig de beschikking krijgen over deze productiemiddelen. Er is in de onderhavige situatie dan ook geen sprake van het overnemen van deze activa.

Personeel

78. Het derde punt betreft de vraag of al dan niet vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen. In dit geval heeft Sodexho geen enkel personeelslid van Sanrest overgenomen. Strikt genomen, is dat in het licht van de rechtspraak van het Hof een aanwijzing voor de stelling dat geen overname heeft plaatsgevonden. Daarbij passen echter enkele kanttekeningen.

79. Volgens 's Hofs rechtspraak is de eventuele overname van het personeel een feitelijke omstandigheid die de nationale rechter moet meewegen bij de beoordeling van de betrokken transactie. Er zitten hier echter twee knelpunten die overigens nauw met elkaar samenhangen. Richtlijn 77/187 beoogt namelijk „te verzekeren, dat de werknemers, in geval van wijziging in de persoon van het hoofd van de onderneming, hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven". Echter, in de rechtspraak wordt aangenomen dat er sprake is van een overgang van onderneming in het geval een wezenlijk deel van het personeel wordt overgenomen. De huidige casus illustreert de incongruentie tussen de wetgeving en de rechtspraak. Werknemers spelen bij een overdracht niet alleen een subjectieve rol, als dragers van rechten en plichten, maar ook een objectieve rol, namelijk van al dan niet overgedragen „activa". Dit heeft tot gevolg dat de werknemers als „activa" van doorslaggevende betekenis kunnen zijn bij de vraag of er sprake is van een overdracht en hiermee voor het behoud van hun eigen rechten.

80. Het tweede knelpunt ligt in de door de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie aangehaalde kans op misbruik. Nieuwe contractanten kunnen toepassing van de richtlijn in arbeidsintensieve sectoren omzeilen door het personeel van de oude contractant niet over te nemen. Ik ben het met de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie eens dat indien een bijzonder belang wordt toegekend aan de vraag of de nieuwe contractant het personeel van de oude contractant heeft willen overnemen, om daaruit af te kunnen leiden of er al dan niet sprake is van een overgang, de door de richtlijn geboden bescherming in wezen afhangt van de wil van partijen.

81. Dit is in tegenspraak met de bedoeling van de communautaire wetgever, die de werknemers wil beschermen in geval van verandering van eigenaar van de onder-

neming. Echter, het moet ook niet zo zijn dat de werkgever in alle gevallen wordt verplicht de werknemers over te nemen. Dit druist in tegen de beginselen van vrije concurrentie, in het bijzonder in een sector als het cateringbedrijf waarin de kwaliteit van de werknemers een belangrijke factor is voor de kwaliteit van de dienstverrichting. Op het moment dat in een bedrijfskantine een nieuwe cateraar wordt aangetrokken, bijvoorbeeld omdat men niet tevreden was over het dienstbetoon van het personeel, wordt de nieuwe opdrachtnemer immers geconfronteerd met het personeel waarover de opdrachtgever niet tevreden was.

82. Mijns inziens is het dan ook niet mogelijk om in deze zaak het criterium of het personeel wel of niet wordt overgenomen door de nieuwe contractant als bepalende factor mee te wegen. Ten eerste niet omdat het hier niet gaat om een sector die louter door de inzet van het personeel wordt bepaald, maar om een sector waarin, zoals de nationale rechter al heeft bepaald, materiële en immateriële activa mede essentieel zijn voor de te verrichten activiteit. Ten tweede niet omdat het juist inzet is van het geding voor de nationale rechter of het personeel mee had behoren over te gaan.

83. Er moet dan ook op objectieve gronden komen vast te staan of de identiteit van het bedrijf bewaard is gebleven. In dit verband kan de overname van het personeel geen „voorwaarde" zijn voor de overgang van de onderneming, omdat indien in de onderhavige zaak wordt geconcludeerd tot toepasselijkheid van de richtlijn, personeelsovername de logische consequentie is.

84. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft in haar opmerkingen betoogd dat er eventueel moet worden gekeken naar de wil van de nieuwe contractant. Het is echter zeer moeilijk om de bedoelingen van de nieuwe contractant (of de oude contractant) te achterhalen. Bovendien kan het hanteren van een dergelijk subjectief criterium snel leiden tot omzeiling van de richtlijn. De wil van de betrokkenen kan dan ook niet als criterium gelden voor de vraag of er sprake is van overgang van onderneming.

Overige omstandigheden

85. Een verder punt dat het Hof als mogelijke aanwijzing voor de overgang van een onderneming hanteert is de overname van de klantenkring. Sodexho verbindt zich er contractueel toe, het restaurant en de cafetaria van het ziekenhuis te exploiteren. Enerzijds is het ziekenhuis klant van Sodexho, het ziekenhuis heeft bepaalde diensten uitbesteed aan Sodexho ten behoeve van het personeel en de patiënten. Anderzijds bestaan de uiteindelijke afnemers van het restaurant en de cafetaria uit het personeel en de patiënten van het ziekenhuis. Het betreft hier aldus een gesloten klantenkring. Deze kring is voor en na de overdracht dezelfde gebleven.

86. Op gevallen als onderhavige, wanneer een cateringcontract wordt afgesloten tussen een opdrachtgever en een opdrachtnemer, voor het verlenen van cateringdiensten die door een onderneming wordt uitbesteed, is het inherent aan de aard van de cateringdienst die wordt uitbesteed, dat de klantenkring hetzelfde blijft.

87. Ten slotte is in casu niet in geding dat de vorige en de nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare of zelfs gelijke diensten verrichten. Sodexho neemt in een ziekenhuis de exploitatie van de cateringactiviteiten over van Sanrest. Ook de duur van een eventuele onderbreking van activiteiten behoeft verder geen bespreking aangezien er geen onderbreking heeft plaatsgevonden.

D — *Synthese*

88. In punt 63 kwam ik reeds tot de conclusie dat in de onderhavige zaak geen sprake is van overgang van onderneming, tenzij uit andere feiten en omstandigheden blijkt dat de identiteit van de onderneming toch behouden is gebleven.

89. De 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. De identiteit dient evenzeer te blijken uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare materiële en immateriële activa. [19] Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent kan als zodanig dan ook niet een aanwijzing zijn voor een overgang in de zin van de richtlijn. [20]

90. Het belang dat moet worden gehecht aan de diverse criteria die bepalen of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn, verschilt noodzakelijkerwijs naar gelang van de uitgeoefende activiteit, en zelfs van de productiewijze of de bedrijfsvoering in de betrokken onderneming of vestiging of een onderdeel daarvan. Waar in het bijzonder een economische eenheid in bepaalde sectoren zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, kan het behoud van de identiteit van een dergelijke eenheid na de transactie waarvan zij voorwerp is, per definitie niet afhangen van de overdracht van dergelijke activa. [21]

91. In onderhavige zaak leiden de feiten niet tot de vaststelling dat er sprake is van overgang van onderneming. Het staat vast

19 — Zie de arresten Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 15, en van 26 september 2000, Mayeur (C-175/99, Jurispr. blz. I-7755, punt 49), alsmede mijn conclusie bij het arrest Temco, aangehaald in voetnoot 4, punt 55.

20 — Arresten Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punten 15 en 16, en Liikenne, aangehaald in voetnoot 8, punt 34).

21 — Arresten Süzen, aangehaald in voetnoot 3, punt 18; Temco, aangehaald in voetnoot 4, punt 25, en Hernández Vidal e.a., aangehaald in voetnoot 18, punt 26.

uit de gegevens van het bodemgeschil dat de immateriële activa zoals menu's, berekeningen en specifieke knowhow niet zijn overgedragen. De materiële activa zijn ook niet overgedragen. De opdrachtgever heeft deze activa aan de nieuwe cateraar ter beschikking gesteld; zij vormen slechts een gegeven dat bij het aangaan van het contract een rol speelt. Ten slotte is ook het personeel niet overgegaan. Ik had al aangegeven dat het niet mogelijk is in deze zaak het criterium of het personeel wel of niet wordt overgenomen door de nieuwe contractant, als bepalende factor mee te wegen. Het gaat hier niet om een sector die louter door de inzet van het personeel wordt bepaald, maar om een sector waarbij, zoals de nationale rechter al heeft bepaald, materiële en immateriële activa mede essentieel zijn voor de te verrichten activiteit. Dit criterium is in een situatie als de voorliggende voorts niet bruikbaar omdat het juist inzet is van het geding voor de nationale rechter of het personeel mee had behoren over te gaan.

92. Ook de overige feiten en omstandigheden leiden niet tot een andere vaststelling. Louter de opdracht tot het verrichten van bepaalde diensten is overgegaan en dat is in geen geval te vergelijken met de overdracht van een „going concern". De identiteit van de exploitant van het restaurant en de cafetaria is wezenlijk veranderd. Sodexho heeft na de beëindiging van de overeenkomst van Sanrest, als nieuwe contractpartner van het ziekenhuis, de exploitatie ter hand genomen.

93. Beëindiging van een opdracht ten aanzien van de ene onderneming en de daaropvolgende verlening aan een andere onderneming, zoals in casu, is nog geen overdracht. Het loutere voortzetten van een voorheen door een andere onderneming uitgeoefende activiteit zonder dat er goederen of rechten worden overdragen, kan niet gelijkgesteld worden met de overgang van een onderneming. Het verlies van een opdracht kan derhalve geen aanwijzing zijn voor een overgang in de zin van de richtlijn.

94. Deze conclusie op basis van de bestaande rechtspraak is, zo meen ik, ook bevredigend. Eerder heb ik uitvoeriger uiteengezet dat het Hof zich in mijn ogen zowel om juridische als om economische redenen terughoudend dient op te stellen bij de toepassing van richtlijn 77/187 op sectoren waarin de contractuele relaties in de regel van tijdelijke aard zijn — zoals zich in het onderhavige geval voordoet. [22]

22 — Conclusie bij het arrest Temco, aangehaald in voetnoot 4, zie met name de punten 33-40.

VI — Conclusie

95. Op grond van het voorgaande, geef ik het Hof in overweging de door de verwijzende rechter gestelde vraag als volgt te beantwoorden:

„Artikel 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 rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, moet aldus worden uitgelegd dat er geen sprake is van overgang van onderneming wanneer het bestuursorgaan van een ziekenhuis, dat tot dusver een onderneming die bedrijfskeukens exploiteert heeft belast met de voorziening van patiënten en ziekenhuispersoneel van maaltijden en dranken tegen een voor de dag van verstrekking berekende prijs per persoon, en daartoe water en energie alsmede bedrijfsruimten (centrale keuken) plus de benodigde uitrusting ter beschikking heeft gesteld, na de opzegging van deze overeenkomst deze taken en de tot dusver aan de eerste onderneming ter beschikking gestelde productiemiddelen overdraagt aan een andere onderneming die bedrijfskeukens exploiteert, zonder dat laatstbedoelde onderneming de door eerstbedoelde onderneming zelf ingebrachte productiemiddelen personeel, voorraden, documenten betreffende berekeningen, menu's, diëten, recepten, of opgedane ervaringen overneemt."