CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL P. LÉGER

van 12 oktober 2000 [1]

1. In de onderhavige procedure verzoekt de Korkein oikeus (Hooggerechtshof) (Finland) om een prejudiciële beslissing over de vraag of de bepalingen 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 [2], van toepassing kunnen zijn, wanneer een privaatrechtelijke rechtspersoon na een openbare aanbestedingsprocedure overeenkomstig richtlijn 92/50/EEG [3] de exploitatie van zeven lokale buslijnen overneemt.

I — Rechtskader

2. Richtlijn 77/187 is volgens artikel 1, lid 1, ervan 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".

3. Artikel 2 definieert de voornaamste begrippen. Volgens artikel 2, sub a, wordt onder „vervreemder" verstaan „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". Volgens artikel 2, sub b, wordt onder „verkrijger" verstaan „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".

4. Volgens de twintigste overweging van de considerans beoogt richtlijn 92/50 voor de dienstverleners de toegang tot de procedures voor het plaatsen van opdrachten te vergemakkelijken om een einde te maken aan praktijken die in het algemeen de mededinging en in het bijzonder de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen beperken.

5. Volgens artikel 1, sub a, worden onder „overheidsopdrachten voor dienstverlening" verstaan schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een dienstverlener en een aanbestedende dienst. Volgens artikel 1, sub b,

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — PB L 61, blz. 26; hierna: „richtlijn 77/187" of „richtlijn".

3 — Richtlijn 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).

worden als „aanbestedende diensten" beschouwd de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of instellingen.

6. Artikel 3, lid 1, van richtlijn 92/50 bepaalt: „Bij het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening of het houden van prijsvragen voor ontwerpen passen de aanbestedende diensten aan de bepalingen van deze richtlijn aangepaste procedures toe." Artikel 3, lid 2, luidt: „De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat tussen verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd."

7. Volgens bijlage I A, waarnaar artikel 8 verwijst, is richtlijn 92/50 onder meer van toepassing op diensten voor vervoer over land.

II — Feiten en procesverloop

8. Na een verzoek om indiening van offertes wees de Pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunta (Samenwerkingsverband van het hoofdstedelijk gebied; hierna: „YTV") de exploitatie van zeven streekbuslijnen die voordien aan Hakunilan Liikenne Oy (hierna: „Hakunilan Liikenne") in concessie waren gegeven, voor drie jaar toe aan Oy Liikenne Ab (hierna: „Liikenne").

9. Hakunilan Liikenne, die deze lijnen met zesentwintig bussen exploiteerde, ontsloeg daarop vijfenveertig chauffeurs, waarvan er drieëndertig — al degenen die hadden gesolliciteerd — door Liikenne zijn aangeworven. Liikenne nam ook achttien andere chauffeurs in dienst. De voormalige chauffeurs van Hakunilan Liikenne werden aangeworven tegen de in de nationale collectieve arbeidsovereenkomst van de sector voorziene arbeidsvoorwaarden, die evenwel over het algemeen minder gunstig zijn dan die bij Hakunilan Liikenne.

10. Bij de overgang van Hakunilan Liikenne naar Liikenne zijn geen voertuigen overgedragen, of andere activa die met de exploitatie van de betrokken buslijnen verband houden. [4] In afwachting van de levering van tweeëntwintig nieuwe bussen die zij had besteld, huurde Liikenne alleen twee lijnbussen van Hakunilan Liikenne voor 2 à 3 maanden. Ook kocht zij van Hakunilan Liikenne de dienstuniformen van de van laatstgenoemde afkomstige chauffeurs.

11. Liskojärvi en Juntunen zijn twee van de drieëndertig chauffeurs die door Hakunilan Liikenne zijn ontslagen en door Liikenne zijn aangeworven. Van mening dat er sprake was van een overgang van een

4 — Punt 4 van de Nederlandse vertaling van de verwijzingsbeschikking.

economische eenheid tussen de twee ondernemingen en zij derhalve recht hadden op dezelfde arbeidsvoorwaarden als bij hun vorige werkgever, stelden de chauffeurs bij de Vantaan käräjäoikeus (Rechtbank van eerste aanleg te Vantaa) een vordering in tegen Liikenne. Liikenne betwistte dat een dergelijke overgang had plaatsgehad.

12. Bij vonnis van 17 juni 1996 wees de Vantaan käräjäoikeus de vordering van Liskojärvi en Juntunen toe. Nadat de Helsingin hovioikeus (Hof van Beroep te Helsinki) bij arrest van 23 oktober 1997 het hoger beroep van Liikenne tegen dit vonnis had verworpen, stelde Liikenne bij de Korkein oikeus cassatieberoep in.

13. In zijn verwijzingsbeschikking overweegt de Korkein oikeus, dat het begrip „overgang van onderneming" onduidelijk blijft, met name in gevallen zoals het onderhavige, waarin de overname van bedrijfsactiviteiten niet op een overeenkomst tussen partijen berust en niet gepaard gaat met een overdracht van activa van enig belang. [5] Verder is de aanhangige zaak een gevolg van een overeenkomstig richtlijn 92/50 georganiseerde aanbestedingsprocedure. De toepassing van richtlijn 77/187 in een dergelijke context beschermt weliswaar de rechten van de werknemers, maar kan de mededinging tussen ondernemingen belemmeren en de door richtlijn 92/50 nagestreefde doeltreffendheid in gevaar brengen. De Korkein oikeus vraagt zich dan ook af, hoe de twee richtlijnen met elkaar zijn te verenigen. [6]

14. Van oordeel dat de beslechting van het geschil dus afhankelijk is van de uitlegging van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187, heeft de Korkein oikeus bij beschikking van 27 april 1999 de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is er sprake van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG wanneer de exploitatie van autobuslijnen van de ene vervoersonderneming op een andere overgaat na een aanbestedingsprocedure overeenkomstig richtlijn 92/50/EEG betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening?"

III — De prejudiciële vraag

Opmerkingen vooraf

15. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de bepalingen van richtlijn 77/187 in de context van richtlijn 92/50 toepassing kunnen vinden. Uit de motivering van de verwijzingsbeschikking [7] blijkt voorts dat twee afzonderlijke maar complementaire

5 — Ibidem, punt 21.

6 — Ibidem, punt 23.

7 — Zie punt 13 van de onderhavige conclusie.

problemen de verwijzende rechter hebben doen twijfelen.

16. In de eerste plaats, aldus de verwijzende rechter, lijken de doelstellingen van richtlijn 92/50 niet verenigbaar met die van richtlijn 77/187. Hij vraagt dus of een in het kader van richtlijn 92/50 verrichte handeling, waarbij een activiteit die tot dusver door een onderneming werd uitgeoefend overgaat op een andere onderneming, in beginsel binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 77/187 valt. [8]

17. Ingeval het Hof deze eerste vraag bevestigend beantwoordt, verzoekt de verwijzende rechter om een antwoord op een tweede vraag over de voorwaarden van toepassing van richtlijn 77/187 [9]. Deze tweede vraag valt uiteen in twee punten.

18. In de eerste plaats wenst de Finse rechter te vernemen of het begrip „overdracht krachtens overeenkomst" in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 noodzakelijkerwijs het bestaan van een rechtstreekse contractuele band tussen de vervreemder en de verkrijger inhoudt. [10]

19. In de tweede plaats wenst hij te vernemen of er ook een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn is, wanneer tussen de vervreemder en de verkrijger geen noemenswaardige activa zijn overgedragen.

20. Ik zal de twee vragen van de verwijzende rechter achtereenvolgens bespreken.

Antwoord op de eerste vraag

21. Evenals de meerderheid van degenen die in de onderhavige procedure opmerkingen hebben ingediend [11], ben ik van mening dat de eerste vraag, gelet op de tekst van de bepalingen van de litigieuze richtlijnen en hun oogmerk, bevestigend moet worden beantwoord.

22. Volgens artikel 1, sub a, van richtlijn 92/50 worden onder overheidsopdrachten voor dienstverlening verstaan „schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een dienstverlener enerzijds en een aanbestedende dienst anderzijds".

23. Bovendien volgt uit bijlage I A waarnaar artikel 8 van de richtlijn verwijst, dat

8 — Hierna: „eerste vraag".

9 — Hierna: „tweede vraag".

10 — In de zin van artikel 2, sub a en b, van de richtlijn.

11 — Behalve Liikenne.

de diensten voor vervoer over land binnen de werkingssfeer van richtlijn 92/50 vallen.

24. Blijkens de tekst van deze bepalingen is de overgang van activiteiten van vervoer over land na een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor dienstverlening dus een handeling waarvoor een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een dienstverrichter moet worden gesloten.

25. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 bepaalt evenwel dat de overgang van ondernemingen moet volgen uit een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie. De richtlijn onderwerpt degenen die de handeling verrichten aan geen enkele andere uitdrukkelijke voorwaarde. Zoals we hierna zullen zien, staat het ontbreken van een rechtstreekse band tussen vervreemder en verkrijger in beginsel niet in de weg aan de toepassing van richtlijn 77/187.

26. In hun onderlinge samenhang gelezen, volgt uit deze bepalingen dat een handeling die onder richtlijn 92/50 valt, binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 77/187 kan vallen, mits aan de andere voorwaarden van deze richtlijn [12] is voldaan.

27. De verwijzende rechter merkt evenwel op dat richtlijn 77/187 tot doel heeft de rechten van de werknemers te beschermen, terwijl richtlijn 92/50 ertoe strekt het beginsel van de vrije mededinging in het kader van het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening te garanderen. Volgens de verwijzende rechter kan de toepassing van richtlijn 77/187 de mededinging tussen ondernemingen belemmeren en aldus afbreuk doen aan de door richtlijn 92/50 nagestreefde doeltreffendheid. Hij stelt namelijk: „Dat het niet mogelijk is de omvang van de aan de overgang van de werknemers verbonden lasten en de andere kosten op voorhand te bepalen, kan gevolgen hebben voor het indienen van een offerte voor een overheidsopdracht of voor de doeltreffendheid van de aanbestedingsprocedure." [13]

28. Mijns inziens zijn deze twee richtlijnen gezien hun doelstellingen niet onverenigbaar.

29. Richtlijn 92/50 beoogt een einde te maken aan praktijken die de mededinging tussen de dienstverleners en de deelneming van onderdanen van andere lidstaten aan aanbestedingen beperken.

30. Daartoe schrijft zij regels voor die uniforme werking hebben voor alle marktdeelnemers op het gehele communautaire grondgebied.

12 — Op deze punten zal ik bij het onderzoek van de tweede vraag nader ingaan.

13 — Zie punt 23 van de Nederlandse vertaling van de verwijzingsbeschikking.

31. Parallel daarmee heeft richtlijn 77/187 tot doel bij overgang van ondernemingen de bescherming van de werknemers te waarborgen door ook bij verandering van eigenaar de continuïteit van de in het kader van een economische entiteit bestaande arbeidsbetrekkingen te garanderen. [14]

32. De vrees van de verwijzende rechter dat de toepassing van de bepalingen van richtlijn 77/187 in de context van een aanbestedingsprocedure afbreuk doet aan de nuttige werking van richtlijn 92/50 [15], lijkt mij ongegrond.

33. Doel van richtlijn 92/50 is namelijk niet om de overgang van economische entiteiten ten koste van de rechten van de werknemers mogelijk te maken, doch om gelijke mededingingsvoorwaarden te creëren voor de dienstverleners die aan een bepaalde aanbestedingsprocedure wensen deel te nemen.

34. Zodra de keuze op een offerte is gevallen, moet de gekozen inschrijver [16] de rechten van de werknemers zoals voorgeschreven door de richtlijn in acht nemen. De toepassing van dezelfde voorschriften, ongeacht het statuut en de nationaliteit van de dienstverleners die offertes wensen in te dienen, kan voor hen uit dien hoofde geen ongelijke mededingingsvoorwaarden meebrengen, doch verplicht hen daarentegen dezelfde voorschriften in acht te nemen. Aldus kunnen laatstgenoemden op gelijke voet worden behandeld.

35. Het argument dat het rechtszekerheidsbeginsel zich verzet tegen de toepassing van de bepalingen van richtlijn 77/187 in de context van richtlijn 92/50 kan mij niet overtuigen. [17] Alvorens een offerte in te dienen, weet de aannemer namelijk of hij, om de betrokken dienst te kunnen verrichten, al dan niet de materiële of immateriële activa dient te verwerven van de onderneming die tot dusver de dienst verrichtte, of het personeel van deze onderneming volledig of gedeeltelijk zal moeten overnemen. Hij weet ook dat wanneer hij de *voor de werking van zijn bedrijf essentiële elementen* van de overgedragen entiteit overneemt, er sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn. [18] In dat geval zal hij die gegevens in aanmerking nemen als kosten om de prijs van zijn offerte te berekenen.

36. De uitlegging dat richtlijn 77/187 in de context van richtlijn 92/50 kan worden toegepast, garandeert dus niet alleen dat voor alle inschrijvers gelijke mededingingsvoorschriften gelden, doch waarborgt ook

14 — Zie arrest van 26 september 2000, Mayeur (C-175/99, Jurispr. blz. I-7755, punt 44).

15 — Zie punt 27 van de onderhavige conclusie.

16 — Onder „inschrijver" wordt verstaan de dienstverlener die een aanbieding heeft gedaan (artikel 1, sub c, van richtlijn 92/50).

17 — Zie punt 27 van de onderhavige conclusie en de door Liikenne ter terechtzitting aangevoerde argumenten.

18 — Zie mijn betoog infra bij het onderzoek van de tweede vraag.

de rechten van de werknemers, die bij de overgang van de onderneming niet door de wijziging van werkgever mogen worden benadeeld. Deze uitlegging brengt de doelstellingen van richtlijn 77/187 dus perfect in overeenstemming met die van richtlijn 92/50.

37. Daarentegen zou een uitlegging die de toepassing van richtlijn 77/187 enkel en alleen uitsluit omdat richtlijn 92/50 van toepassing is, afbreuk doen aan het doel van bescherming van de werknemers in de bij richtlijn 77/187 gedefinieerde gevallen van overgang van ondernemingen en geen deugdelijke waarborg bieden dat de doelstelling van richtlijn 92/50 wordt bereikt. Doel van deze richtlijn is, zoals gezegd, in wezen de toepassing van gelijke mededingingsregels tussen de marktdeelnemers te garanderen. De richtlijn dwingt de lidstaten evenwel op geen enkele wijze te handelen in strijd met de rechten van de werknemers.

38. Daarom kan het Hof mijns inziens deze uitlegging niet aanvaarden.

39. Blijkens het feitenrelaas van de verwijzende rechter is de activiteit overgedragen na een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een aanbestedende dienst en een aannemer en bestaat zij uit diensten van vervoer over het land. Een dergelijk geval valt dus in beginsel binnen de materiële werkingssfeer van richtlijn 77/187.

40. Uit het voorgaande volgt dat de bepalingen van richtlijn 77/187 in de context van richtlijn 92/50 kunnen worden toegepast, indien aan de andere bij richtlijn 77/187 gestelde voorwaarden voorts is voldaan, hetgeen ik nu zal bespreken.

Antwoord op de tweede vraag

41. De verwijzende rechter verzoekt het Hof de voorwaarden voor toepassing van richtlijn 77/187 nader te omschrijven. In de eerste plaats vraagt hij zich af of er, nu de aannemer met zijn voorganger geen enkele overeenkomst inzake overname van de economische activiteiten in het kader van richtlijn 92/50 heeft gesloten, wel een „overgang van onderneming" in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn heeft plaatsgevonden. Hij wenst derhalve te vernemen of sprake is van een „overgang van onderneming" in de zin van dit artikel 1, lid 1, van de richtlijn, ondanks het feit dat er tussen de aannemer en zijn voorganger geen noemenswaardige activa zijn overgedragen.

a) Het begrip „overdracht krachtens overeenkomst"

42. Recentelijk bracht ik [19] de rechtspraak [20] van het Hof ter zake in herinnering. In overeenstemming met het oogmerk van de richtlijn [21] wees ik erop dat dit begrip zo ruim moet worden opgevat, dat het aan de door de richtlijn gestelde doelstelling beantwoordt.

43. Ik heb erop gewezen dat volgens vaste rechtspraak als beslissend criterium ter beoordeling of er sprake is van een „overdracht krachtens overeenkomst" in de zin van de richtlijn de wijziging geldt van de particuliere of publiekrechtelijke rechtspersoon of natuurlijke persoon die de onderneming exploiteert en als werkgever verplichtingen aangaat jegens de werknemers van de overgenomen onderneming. Het ontbreken van een rechtstreekse contractuele band tussen de twee ondernemingen die elkaar als werkgever jegens de werknemers opvolgen, kon dus op zichzelf mijns inziens geen reden zijn om laatstgenoemden de hen door de richtlijn toegekende rechten te ontzeggen.

19 — Zie punten 39-47 van mijn conclusie van 13 juni 2000 in de zaak Mayeur, reeds aangehaald.

20 — Zie met name arresten van 10 februari 1988, Daddy's Dance Hall (324/86, Jurispr. blz. 739); 19 mei 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189); 11 maart 1997, Süzen (C-13/95, Jurispr. blz. I-1259, punt 11), en 10 december 1998, Hidalgo e.a. (C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 22).

21 — Zie met name arrest Mayeur, reeds aangehaald, punt 44.

44. In voormeld arrest Mayeur heeft het Hof zijn vorige rechtspraak bevestigd. Het Hof verklaarde: „Dat er geen contractuele band bestaat tussen de vervreemder en de verkrijger kan, zo dit al een aanwijzing kan vormen dat er geen overgang in de zin van de richtlijn heeft plaatsgevonden, hierbij niet van doorslaggevend belang zijn." [22] Voorts preciseerde het Hof: „Richtlijn 77/187 is immers 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 dientengevolge als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming." [23]

45. In casu staat vast dat er geen rechtstreekse contractuele band bestaat tussen Hakunilan Liikenne en Liikenne, doch dat laatstgenoemde de tot dusver door Hakunilan Liikenne uitgeoefende activiteiten volledig heeft overgenomen. Eveneens staat vast dat deze overname slechts mogelijk was door het sluiten van een overeenkomst onder bezwarende titel — in casu een concessie — tussen Liikenne, een privaatrechtelijke rechtspersoon, en YTV, een publiekrechtelijke rechtspersoon.

46. Deze feitelijke situatie is vergelijkbaar met die in de zaak Hidalgo e.a. (reeds aangehaald). In die zaak oordeelde het Hof, net als in de zaak Mayeur (reeds aange-

22 — Ibidem, punt 45.

23 — Ibidem, punt 46.

haald): „Dat er geen contractuele band bestaat [...] tussen de twee ondernemingen waaraan achtereenvolgens de thuishulp of de bewaking van een depot voor verplegingsmiddelen [door een gemeente, die een publiekrechtelijke rechtspersoon is] zijn uitbesteed, kan weliswaar een aanwijzing vormen dat er geen overgang in de zin van richtlijn 77/187 heeft plaatsgevonden, maar kan hierbij niet van doorslaggevend belang zijn." [24]

47. Uit een en ander volgt dat de omstandigheid dat er geen rechtstreekse contractuele band is tussen twee ondernemingen waaraan achtereenvolgens na een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor dienstverlening overeenkomstig richtlijn 92/50 een dienst van vervoer over land — in casu de exploitatie van lokale buslijnen — door een publiekrechtelijke rechtspersoon in concessie is gegeven, niet in de weg staat aan de toepassing van richtlijn 77/187, wanneer voor het overige aan de andere door deze richtlijn gestelde voorwaarden is voldaan.

b) Het begrip „overgang van onderneming"

48. Volgens vaste rechtspraak is het „voor de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van richtlijn 77/187 [...] beslissend of de identiteit van de betrokken eenheid [na overgang] bewaard blijft [...]". [25]

49. Ter beoordeling of aan dit vereiste is voldaan, heeft het Hof er ook aan herinnerd dat: „het enkele [...] feit dat de oude en de nieuwe werkgever een gelijkaardige activiteit uitoefenen, niet volstaat om de overgang van een economische eenheid aan te nemen. Een entiteit kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Die identiteit blijkt eveneens uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen". [26] Volgens het Hof verwijst het begrip economische eenheid naar een duurzaam *georganiseerd geheel van personen en elementen* waarmee *een economische activiteit* met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. [27]

50. Er moet dus aan twee voorwaarden zijn voldaan om te kunnen vaststellen dat de onderneming na haar overgang haar identiteit heeft bewaard.

51. In de eerste plaats moet de verkrijger dezelfde — of een soortgelijke — economische activiteit uitoefenen als de ver-

24 — Punt 22.

25 — Zie arrest Mayeur, reeds aangehaald, punt 44.

26 — Ibidem, punt 49.

27 — Arrest Süzen, reeds aangehaald, punt 13.

vreemder. Deze eerste voorwaarde kan worden aangeduid als „gelijkheid van activiteit".

52. In de tweede plaats moeten alle middelen die, gelet op de specificiteit van de betrokken overgedragen entiteit, voor de uitoefening van deze activiteit noodzakelijk zijn, overgaan. Deze tweede voorwaarde kan worden aangeduid als „gelijkheid van entiteit".

53. Ter verificatie van de inachtneming van deze voorwaarden moet noodzakelijkerwijs rekening worden gehouden met zuiver feitelijke gegevens. Voor die beoordeling is onbetwist de rechter ten gronde bevoegd, en niet het Hof. Dat heeft het Hof herhaaldelijk en met name in het zeer recente arrest Mayeur (reeds aangehaald)[28] in herinnering gebracht.

54. Om de nationale rechter bij de vervulling van zijn taak te helpen, heeft het Hof evenwel een aantal feitelijke omstandigheden genoemd, waarmee hij rekening kan houden om de handeling als een „overgang van onderneming" te kwalificeren.

55. Daaronder zijn omstandigheden „zoals het soort onderneming of instelling waarover het gaat, de vraag of ook de materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, de vraag of alle of nagenoeg alle personeelsleden door de nieuwe ondernemer worden overgenomen, of de klantenkring mede wordt overgedragen, de mate van overeenkomst tussen de vóór en na de overdracht verrichte activiteiten en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten".[29]

56. Teneinde de nationale rechter bij te staan bij de vervulling van zijn taak, heeft het Hof hem aanwijzingen gegeven met betrekking tot de te volgen onderzoeksmethode.

57. Het Hof heeft er namelijk op gewezen dat: „[a]l deze factoren [...] evenwel slechts deelaspecten [zijn] van het te verrichten algemene onderzoek, en [...] daarom niet elk afzonderlijk [mogen] worden beoordeeld".[30]

58. Bovendien heeft het Hof erop gewezen dat de nationale rechter in het kader van de hem toegekende bevoegdheden het respectieve belang moet beoordelen dat moet

28 — Punt 52.

29 — Ibidem.

30 — Ibidem.

worden gehecht aan de verschillende vermelde factoren naar gelang van de omstandigheden [31] en van de specificiteit van de overgedragen economische entiteit [32], dat wil zeggen dat hij met name rekening houdt met de bedrijfssector waarin deze entiteit werkzaam is. Hij moet dus vaststellen welke elementen essentieel en onontbeerlijk zijn voor de werking van de economische entiteit, en nagaan of deze elementen door de verkrijger zijn overgenomen.

59. Het Hof is weliswaar in beginsel van oordeel dat een georganiseerde economische entiteit een geheel van werknemers en — materiële en immateriële — activa van betekenis veronderstelt, doch aanvaardde dat een dergelijke entiteit zonder de overdracht van activa van de oude onderneming kan werken. Het Hof erkende zulks met name in de specifieke sectoren van de schoonmaak- en bewakingsbedrijven. [33]

60. Nu het Hof aanvaardt dat in deze specifieke sectoren een economische entiteit zonder — materiële of immateriële — activa van betekenis kan bestaan, kan het behoud van de identiteit van een dergelijke entiteit na de betrokken handeling niet afhangen van de overdracht van dergelijke activa, die in dit geval ontbreken. Dat heeft het Hof in het arrest Süzen [34] (reeds aangehaald) uitdrukkelijk vastgesteld.

61. Wat vaststaat, alsook wordt aanvaard door al degenen die in de onderhavige procedure opmerkingen hebben ingediend, is dat de ondernemingen die elkaar in casu hebben opgevolgd, dezelfde economische activiteit uitoefenen [35], namelijk de exploitatie van zeven lokale buslijnen. Aan de eerste door de rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarde — gelijkheid van economische activiteit — is dus voldaan.

62. Of aan de tweede voorwaarde — gelijkheid van entiteit — is voldaan, wordt daarentegen betwist door degenen die opmerkingen hebben ingediend.

63. Vaststaat dat het grootste deel van het personeel van de onderneming door Liikenne is overgenomen. Ook staat vast dat naar aanleiding van de voortzetting van de activiteit van Hakunilan Liikenne door Liikenne geen activa in verband met de exploitatie van de betrokken buslijnen op laatstgenoemde zijn overgegaan. [36]

31 — Zie met name arresten van 2 december 1999, Allen e.a. (C-234/98, Jurispr. blz. I-8643, punt 28), en Süzen, reeds aangehaald, punt 18.

32 — Zie met name arresten Hidalgo e.a., reeds aangehaald, punt 29, of Süzen, reeds aangehaald, punt 18.

33 — Zie met name arrest Hidalgo e.a., reeds aangehaald, punt 26.

34 — Punt 18.

35 — Over het begrip „economische activiteit" in de zin van de richtlijn, zie arrest Mayeur, reeds aangehaald, punten 39 en 40, en de punten 56-61 van mijn conclusie bij dat arrest.

36 — Zie punten 3 en 4 van de Nederlandse vertaling van de verwijzingsbeschikking.

64. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet de nationale rechter dus de door het Hof voorgestelde methode volgen.

65. In de eerste plaats zal hij *alle omstandigheden die de betrokken handeling kenmerken*, in beschouwing moeten nemen. Daartoe moet hij er rekening mee houden, dat bij de overname van deze activiteit *geen materiële elementen zijn overgegaan*, doch het grootste gedeelte van het personeel van de onderneming die deze activiteit tot dusver uitoefende, door de nieuwe aannemer is overgenomen. Hij zal ook rekening moeten houden met de specificiteit van de overgedragen onderneming, dat wil zeggen met het feit dat het gaat om een onderneming die lokale buslijnen exploiteert. Hij kan ook rekening houden met andere gegevens. Hij zal bijvoorbeeld moeten nagaan of de cliëntele door Liikenne volledig is overgenomen, en de economische waarde van dit immateriële actief in het vermogen van de overgedragen entiteit moeten vaststellen.

66. Vervolgens moet de nationale rechter *het respectieve belang van deze verschillende elementen beoordelen.* [37] Daartoe zal hij zich moeten uitspreken over wat kenmerkend — of nog onderscheidend — is voor de betrokken economische entiteit, namelijk in casu de door Hakunilan Liikenne en vervolgens door Liikenne beheerde busvervoersonderneming.

67. Volgens de Commissie vormt de „arbeidskracht" het hoofdelement van de in casu aangeboden dienst — te weten busvervoer. De bussen die door Liikenne uiteindelijk niet zijn overgenomen, zijn slechts van ondergeschikt belang. In wezen, aldus de Commissie, komt het bij busvervoer aan op de arbeidskracht.

68. Het is niet aan mij om de plaats in te nemen van de nationale rechter, die alleen bevoegd is om de vraag te beantwoorden of de betrokken economische entiteit na de overgang in casu haar identiteit heeft bewaard. Voor de beantwoording daarvan moet een bijzondere situatie zuiver feitelijk worden beoordeeld. Mijns inziens moet de verwijzende rechter evenwel op de volgende punten attent worden gemaakt.

69. Anders dan de Commissie, denk ik niet dat het hoofdelement van een economische entiteit als een vervoersonderneming die lokale buslijnen exploiteert, is gelegen in haar arbeidskracht. Mijns inziens is het

37 — Met name kan het overgenomen personeel over zeer specifieke kwalificaties of bekwaamheden beschikken die onontbeerlijk zijn voor de uitoefening van de betrokken activiteit. In dat geval kan het heel moeilijk zijn personeel met dat soort bekwaamheid op de arbeidsmarkt te vinden. Het essentiële element van de betrokken economische entiteit kan dus ook bestaan uit personeel met specifieke en op de arbeidsmarkt zeldzame bekwaamheden, in plaats van activa.

hoofdelement zonder hetwelk die economische entiteit niet normaal kan werken, *in beginsel* haar wagenpark — vrachtwagens, auto's, bussen, enz. — en niet haar personeel. [38]

70. Bovendien moet de nationale rechter eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof een economische entiteit in beginsel onderstelt dat er niet alleen personeel, doch ook materiële en immateriële activa zijn. [39] Eveneens vaste rechtspraak is dat in specifieke gevallen, wanneer een economische entiteit niet over activa beschikt en hoofdzakelijk wordt gekenmerkt door haar personeel, het ontbreken van overdracht van activa niet in de weg hoeft te staan aan de toepassing van de bepalingen van de richtlijn. [40] Daaruit moet worden geconcludeerd dat wanneer een onderneming voor haar werking onontbeerlijke activa van betekenis omvat, het ontbreken van enigerlei overdracht van deze activa met zich brengt dat de bepalingen van artikel 1, lid 1, van de richtlijn in beginsel niet van toepassing zijn.

71. Uit een en ander volgt dat het Hof in beginsel stelt dat wanneer de economische entiteit die haar activiteit overdraagt over noemenswaardige activa beschikt, de nietoverdracht van deze elementen door de vervreemder aan de verkrijger in de weg kan staan aan de toepassing van de bepalingen van richtlijn 77/187.

72. Wanneer de redenering van de Commissie wordt gevolgd, mist dit beginsel evenwel iedere nuttige werking.

73. Daarom strookt het standpunt van de Commissie mijns inziens niet met de door het Hof gegeven uitlegging van de richtlijn en evenmin met de economische realiteit van de betrokken entiteit.

74. Mitsdien kan uit de omstandigheid dat geen noemenswaardige activa van een vervoersonderneming die lokale buslijnen exploiteert, aan een andere, soortgelijke onderneming zijn overgedragen, niet worden geconcludeerd dat richtlijn 77/187 van toepassing is.

38 — Daarover had ik anders kunnen denken indien bijzondere kwalificaties waren vereist van het personeel om de transportactiviteiten te kunnen verrichten. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn met transport van gevaarlijke stoffen, waarvoor het betrokken personeel specifiek moet zijn opgeleid. In dat geval kan het personeel van de overgedragen onderneming niet direct worden vervangen door ander personeel dat slechts over de gebruikelijke kwalificatie beschikt, aangezien dit personeel moet worden bijgeschoold. Mijns inziens valt dus soms niet uit te sluiten dat het personeel in bijzondere gevallen een hoofdelement kan vormen van de economische entiteit die als vervoersonderneming overgaat. In die gevallen kan de overdracht van het personeel zonder overdracht van noemenswaardige activa van deze entiteit zich niet verzetten tegen de toepassing van artikel 1, lid 1, van de richtlijn.

39 — Zie laatstelijk arrest Mayeur, reeds aangehaald, punt 32.

40 — Zie arrest Süzen, reeds aangehaald, punten 17 en 18.

Conclusie

75. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de vragen van de Korkein oikeus te beantwoorden als volgt:

„1) De overname door een onderneming die een privaatrechtelijke rechtspersoon is, na een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor dienstverlening 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, van activiteiten van vervoer over land — in casu de exploitatie van lokale buslijnen — die tot dusver werden verricht door een andere onderneming die een privaatrechtelijke rechtspersoon is, kan binnen de materiële werkingssfeer 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, zoals omschreven in artikel 1, lid 1, ervan, vallen.

2) Artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd dat:

a) dit artikel van toepassing kan zijn, wanneer er geen rechtstreekse contractuele band is tussen twee ondernemingen waaraan na een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor dienstverlening overeenkomstig richtlijn 92/50 achtereenvolgens een concessie voor een dienst voor vervoer over land — in casu de exploitatie van lokale buslijnen — door een publiekrechtelijke rechtspersoon is verleend;

b) dit artikel niet van toepassing is wanneer geen noemenswaardige activa tussen de twee ondernemingen overgaan."