CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. F. MANCINI van 9 februari 1988 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Bij twee arresten van 1 mei 1987 heeft de Hoge Raad der Nederlanden het Hof verzocht om uitlegging van enkele bepalingen van richtlijn 77/187 van de Raad van 14 februari 1977 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen (PB 1977, L 61, blz. 26).

De feiten. In februari en maart 1982 traden Berg en Busschers in dienst bij de discotheek Besi Mill te Ermelo, die eigendom was van Besselsen, de een als bedrijfsleider, de ander als deeltijdwerker. Op 15 februari 1983 droeg Besselsen krachtens een huurkoopovereenkomst de exploitatie van de discotheek over aan de vennootschap onder firma Summerland BV, die eigendom was van Manshanden en Tweehuijzen. Enkele maanden later werden Besselsen alsmede Manshanden en Tweehuijzen door de kantonrechter te Harderwijk op vordering van de twee werknemers hoofdelijk veroordeeld tot betaling van het aan dezen verschuldigde loon over de periode 15 februari tot en met 25 november 1983. Op dezelfde dag ontbond de Kantonrechter op vordering van Besselsen de huurkoopovereenkomst wegens wanprestatie van de huurkopers.

Nadat de veroordeling tot betaling van loon in hoger beroep was vernietigd, hebben Berg en Busschers beroep tot cassatie van deze beslissing ingesteld bij de Hoge Raad, die het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag de volgende vragen heeft voorgelegd:

a) Moet artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 aldus worden uitgelegd, dat de vervreemder na de overgang van de onderneming niet meer aansprakelijk is voor de verplichtingen welke voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst? Zo ja: is voor het intreden van dat rechtsgevolg — te weten dat de vervreemder niet meer aansprakelijk is — de toestemming van de werknemer vereist? Zo neen, treedt genoemd rechtsgevolg niet in indien de werknemer daartegen bezwaar maakt, met het rechtsgevolg dat hij dan in dienst blijft van de vervreemder?

b) Kan een huurkoopovereenkomst als hierboven omschreven, een overgang van een onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn ten gevolge hebben, en kan de ontbinding van een dergelijke overeenkomst een overgang in vorenbedoelde zin ten gevolge hebben, met het rechtsgevolg dat de verplichtingen welke voor de huurkoper voortvloeien uit de op het tijdstip van die ontbinding bestaande arbeidsovereenkomst, door die overgang op de huurverkoper overgaan?

Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door partijen in het hoofdgeding, de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de Britse, Nederlandse en Portugese regering. Ter terechtzitting heeft enkel de Commissie opmerkingen gemaakt.

* Vertaald uit het Italiaans.

2. Ik herinner eraan, dat richtlijn 77/187 volgens artikel 1, lid 1, van toepassing is „op de overgang van ondernemingen... op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie". In een dergelijk geval gaan „de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang... bestaande arbeidsovereenkomst..., ... door deze overgang op de verkrijger over. De Lid-Staten mogen [echter] bepalen dat de vervreemder ook na het tijdstip van de overgang... naast de verkrijger aansprakelijk is voor de verplichtingen welke voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst of een arbeidsverhouding" (artikel 3, lid 1, eerste en tweede alinea).

Met betrekking tot de eerste vraag dragen Berg en Busschers voor, dat in geval van overgang de vervreemder enkel van zijn verplichtingen jegens de werknemers van de onderneming wordt bevrijd, indien deze werknemers daarmee instemmen. De andere interveniënten zijn daarentegen van mening, dat die bevrijding niet van de wil van de met de onderneming overgegane werknemers afhangt en dat hun eventueel verzet niet tot gevolg kan hebben, dat zij in dienst van de vervreemder blijven.

Ik stem voor de tweede opvatting. Zoals bekend, wordt in het recht van tal van Lid-Staten de cessie van een overeenkomst beschouwd als een meerzijdige overeenkomst, zodat de toestemming van de derde vereist is. Opgemerkt zij evenwel, dat de gemeenschapswetgever, toen hij de voorschriften van richtlijn 77/187 vaststelde, hier rekening mee heeft gehouden: de Lid-Staten kunnen immers bepalen, dat de vervreemder ook na de overgang van de onderneming *te zamen met de verkrijger* aansprakelijk blijft voor de uit de gecedeerde arbeidsovereenkomsten voortvloeiende verplichtingen (artikel 3, lid 1, tweede alinea). De aldus aan de vervreemder opgelegde waarborgverplichting is overigens geen voorwaarde voor de geldigheid van de overgang — die werking verkrijgt op het moment waarop de cessieovereenkomst wordt gesloten —, maar *staat naast* de aansprakelijkheid die, volgens de eerste alinea van genoemde bepaling, door de overgang bij de verkrijger komt te berusten.

Deze bepalingen doen, naar het Hof eerder overwoog, uitkomen „dat de richtlijn ten doel heeft, zeker te stellen dat de rechten van de werknemers bij verandering van werkgever behouden blijven, doordat zij hen in staat stelt om voor de verkrijger te blijven werken onder dezelfde voorwaarden als met de vervreemder waren overeengekomen". Zij wil derhalve „een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsverhouding met de verkrijger... verzekeren" (vgl. arresten van 7 februari 1985, zaak 135/83, Abels, Jurispr. 1985, blz. 469, r. o. 18, en 11 juli 1985, zaak 105/84, Danmols Inventar, ibid., blz. 2639, r. o. 15).

Duidelijker had het Hof zich niet kunnen uitdrukken. In ons geval moet dus worden gezegd dat: a) de vervreemder van een onderneming naar gemeenschapsrecht bevrijd wordt van zijn verplichtingen jegens zijn werknemers, behoudens in de toepasselijke nationale wetgeving voorziene afwijkingen; b) de aanvaarding van die verplichtingen door de verkrijger niet afhangt van de toestemming van de werknemers en niet op hun verzet kan afstuiten. Anders zou immers het doel van de richtlijn — bevordering van de mobiliteit van ondernemingen met waarborging van de rechten van hun personeel — worden gedwarsboomd door de noodzaak om vooraf de toestemming van alle betrokken werknemers te verkrijgen.

3. Het eerste onderdeel van de tweede vraag levert geen problemen op. De overeenkomst waarom het in de vraag van de

Hoge Raad gaat, is enkel een subgenus van een overeenkomst van koop en verkoop, in zoverre als de koper de eigendom van de zaak eerst verkrijgt bij de betaling van het laatste gedeelte van de prijs, ofschoon hij vanaf de levering ervan al wel het risico draagt; er is dus geen reden voor twijfel, dat, indien deze overeenkomst op een onderneming betrekking heeft, zij een vorm van overgang als bedoeld in richtlijn 77/187 oplevert.

Van meer belang is het tweede onderdeel van de vraag, namelijk of er weer een overgang plaatsvindt wanneer zo'n overeenkomst door de rechter wordt ontbonden wegens wanprestatie van de huurkoper. Op dit punt is het nuttig te herinneren aan het arrest van 17 december 1987 (zaak 287/86, Ny Mølle Kro, Jurispr. 1987, blz. 5465): daarin verklaarde het Hof, dat wanneer de eigenaar van een verpachte onderneming de exploitatie weer in eigen hand neemt na een schending van de pachtovereenkomst door de pachter-beheerder, men te maken heeft met een geval van „overdracht krachtens overeenkomst" in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn, omdat ook dit weer in eigen hand nemen op grond van de pachtovereenkomst gebeurt (r. o. 14).

Voor het antwoord dat wij de Nederlandse rechter verschuldigd zijn, is deze overweging van beslissend belang. Uit de formulering ervan valt immers af te leiden, dat het Hof, een in de civilistische doctrine ruim verbreide opvatting volgend, de wanprestatie ziet als een anomalie in de contractuele wederkerigheid en bijgevolg de remedie (ontbinding) die het recht biedt aan de partij die haar verbintenis wel is nagekomen, als een wending van de overeenkomst. In onze context betekent dit echter weer, dat de weg die die partij kiest om tot ontbinding te komen, van geen enkel belang is. Of het nu, zoals in Ny Mølle Kro, gaat om een aan de wederpartij te betekenen eenzijdige verklaring dan wel, zoals in casu, om een rechterlijke beslissing, de situatie blijft dezelfde: de (retro-)cessie van de onderneming — en dus het weer in eigen hand nemen van de exploitatie door de eigenaar — die het gevolg is van de ontbinding, heeft steeds haar wortels in de bodem van de overeenkomst.

Maar er is meer. Voor deze zienswijze getuigen ook de uiteenlopende oplossingen die op dit gebied in de nationale rechtsordes te vinden zijn. Enkele landen — Frankrijk, België en in beginsel Nederland — kennen alleen ontbinding door de rechter, andere — Duitsland — schrijven eenzijdige opzegging (*Rücktritt*) voor, weer andere — Italië — laten de contractpartij de keus tussen een vordering in rechte en een aanmaning aan de wederpartij om binnen een bepaalde termijn te presteren; blijft de wederpartij in gebreke, dan wordt de overeenkomst geacht te zijn ontbonden. Deze oplossingen berusten op praktische overwegingen (opzegging en aanmaning kosten minder tijd en geld, inschakeling van de rechter geeft de wederpartij mogelijkheid tot verweer en biedt bovendien meer zekerheid); zeker is echter dat zij niet berusten op een andere opvatting van de ontbinding en dat zij, voor wat ons probleem aangaat, een bevestiging vormen van de stelling, dat het in wezen onverschillig is welk middel de nakomende contractpartij gebruikt.

Ik wil daarom herhalen wat ik reeds in mijn conclusie in de zaak Ny Mølle Kro heb gezegd: namelijk dat in het kader van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 de gevallen van overgang krachtens overeenkomst en fusie uitsluitend *voorbeeldwaarde* hebben. Zoals de Commissie ter terechtzitting heeft erkend, valt in deze bepaling het accent op het woord „overgang", dat geen terminus technicus is en dat, rekening houdend met wat de wetgever voor ogen stond, betrekking heeft op iedere relevante rechtshandeling (overeenkomst, testament, administratieve beschikking, rechterlijke beslis-

sing) die wijziging brengt in de eigendom van de onderneming. De enige voorwaarde waarvan de door de richtlijn aan de werknemer geboden bescherming afhankelijk is, zal dus zijn dat de identiteit van de overgedragen economische eenheid behouden blijft, dat wil zeggen dat zij haar activiteit voortzet en levensvatbaar blijft. De enige gevallen, kortom, waarin artikel 1 steeds en met zekerheid niet van toepassing is, zijn dat van de failliet verklaarde onderneming en de in liquidatie verkerende vennootschap.

4. Gelet op het voorgaande, geef ik in overweging de door de Hoge Raad bij arrest van 1 mei 1987 in de zaken Berg en Busschers tegen Besselsen gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„a) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat de vervreemder na de overgang van de onderneming bevrijd is van zijn verplichtingen tegenover de werknemers van de overgedragen onderneming, behoudens de afwijkingen die in het toepasselijke nationale recht zijn voorzien. Daarbij heeft de toestemming of het verzet van de werknemer geen belang.

b) Artikel 1, lid 1, van genoemde richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat het van toepassing is op de overgang van een onderneming op grond van een huurkoopovereenkomst of op grond van de ontbinding door de rechter van zo een overeenkomst, mits de identiteit van de overgedragen economische eenheid behouden blijft."