CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 11 juni 1996 *

A — Inleiding

1. De onderhavige zaak betreft het eerste verzoek om een prejudiciële beslissing uit een van de nieuwe Duitse Länder. Het verzoek werd krachtens artikel 177 EG-Verdrag geformuleerd door het Arbeitsgericht Halberstadt, dat het Hof vragen voorlegt inzake de uitlegging van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. [1]

2. In het hoofdgeding richt Henke zich tegen de gemeente Schierke [2] en de Verwaltungsgemeinschaft „Brocken". Verzoekster was sinds mei 1992 als secretaresse van de burgemeester bij de gemeente Schierke werkzaam. Zoals de raadsman van verzoekster tijdens de mondelinge behandeling verder verduidelijkte, werkte zij als secretaresse en bevoegd ambtenaar in het domein bevordering van de economie en toeristische aangelegenheden. Volgens haar raadsman was zij niet de enige werknemer van de gemeenteadministratie, wat reeds blijkt uit het feit dat de gemeente Schierke een personeelsraad had, zoals ook in de schriftelijke opmerkingen is vermeld.

3. Op 1 juli 1994 richtte de gemeente Schierke samen met andere gemeenten uit de regio een gemeenschappelijk bestuursorgaan op, de Verwaltungsgemeinschaft „Brocken". In deze mogelijkheid wordt voorzien door de §§ 75 e. v. van de Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt van 5 oktober 1993 [3] (hierna: „GO LSA"). Een gemeenschappelijk bestuursorgaan dat op die manier bij publiekrechtelijke overeenkomst is opgericht, bezit als publiekrechtelijk lichaam rechtspersoonlijkheid en is bevoegd als werkgever op te treden. Het wordt gevormd om de uitvoering van de bestuurstaken van kleinere gemeenten te verbeteren. Tot de werkzaamheden ervan behoort het verrichten van de taken van het overgedragen werkterrein van de aangesloten gemeenten. Het gemeenschappelijk bestuursorgaan kan evenwel ook taken vervullen, die tot het eigen werkterrein van de aangesloten gemeenten behoren en die de gemeenten aan dit orgaan

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — PB 1977, L 61, blz. 26.

2 — Het betreft hier de gemeente Schierke die Goethe reeds in zijn „Faust" vermeldt. Mephisto neemt Faust mee naar de Walpurgisnacht in het Harzgebergte in de „omgeving van Schierke en Elend". Zie: Goethe, *Faust*, Der Tragödie, eerste deel, regel 3835. De gemeente Elend behoort ook tot de Verwaltungsgemeinschaft „Brocken".

3 — GVBl. LSA nr. 43/1993, blz. 568 e. v.

overdragen. Of deze taken worden overgedragen, en zo ja, in welke mate, staat ter discretie van de gemeenten.

4. In casu werden alle taken van de gemeente Schierke aan het gemeenschappelijk bestuursorgaan overgedragen. De gemeenteadministratie van Schierke werd opgeheven en alle dossiers werden naar het gemeenschappelijk bestuursorgaan overgeheveld; de officiële burgemeester werd in Schierke vervangen door een ereburgemeester.

5. Verzoekster kreeg een baan bij de Verwaltungsgemeinschaft „Brocken" aangeboden. Zij weigerde deze baan, op de grond dat zij enkel in Schierke zelf kon werken omdat zij voor haar kind moest zorgen. Verzoekster greep naast een baan bij het bijkantoor van het gemeenschappelijk bestuursorgaan in Schierke, waarvoor zij had gesolliciteerd. De raadsman van Henke heeft tijdens de mondelinge behandeling verklaard, dat in Schierke nog steeds taken in verband met bevordering van de economie en toeristische aangelegenheden worden vervuld, de laatste hoofdzakelijk ten behoeve van de gemeente Schierke zelf.

6. Op 5 juli 1994 zegde de gemeente Schierke de arbeidsovereenkomst met Henke op. Daarop wendde verzoekster zich tot het Arbeitsgericht. Zij betoogde, dat haar arbeidsovereenkomst bij de oprichting van het gemeenschappelijk bestuursorgaan op dit orgaan was overgegaan, zodat de gemeente Schierke de arbeidsovereenkomst niet kon opzeggen.

7. Het Arbeitsgericht Halberstadt verzocht vervolgens om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is er sprake van overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977, wanneer ten gevolge van de oprichting van een Verwaltungsgemeinschaft conform § 75, lid 1, van de Gemeindeordnung für das Land Sachsen-Anhalt van 5 oktober 1993 (hierna: ‚GO LSA'; GVBl. LSA, blz. 568 e. v.), deze Verwaltungsgemeinschaft de taken vervult behorend tot het overgedragen werkterrein van de aangesloten gemeenten (§ 77, lid 1, GO LSA) alsmede de taken behorend tot het eigen werkterrein van de aangesloten gemeenten (§ 77, lid 2, GO LSA)?

2) Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:

Berust de overgang op een overeenkomst in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG, nu de Verwaltungsgemeinschaft bij publiekrechtelijke overeenkomst is opgericht?"

B — Standpuntbepaling

8. Met het verzoek om uitlegging van artikel 1, lid 1, van de richtlijn stelt de verwijzende rechter de vraag naar de algemene werkingssfeer van de richtlijn.

Artikel 1, lid 1, luidt als volgt:

„Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen, of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie."

9. Hieruit blijkt dat er drie voorwaarden gelden voor de toepasbaarheid van de richtlijn:

— Het moet gaan om een onderneming in de zin van de richtlijn.

— Er moet een overgang van deze onderneming hebben plaatsgevonden.

— Het moet daarbij gaan om een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

10. De eerste twee voorwaarden moeten worden onderzocht in het kader van de eerste vraag, terwijl de derde voorwaarde het voorwerp is van de tweede vraag.

Het begrip „onderneming"

11. Ik zal in de eerste plaats ingaan op het begrip „onderneming" in richtlijn 77/187, omdat in dit verband ook de vraag naar de algemene werkingssfeer van de richtlijn rijst. Vastgesteld moet worden, of de richtlijn van toepassing kan zijn op het publiekrechtelijk domein van de Lid-Staten, in casu in het bijzonder op een gemeenteadministratie. Met andere woorden: kan een gemeente een onderneming in de zin van de richtlijn zijn?

12. Een definitie van het begrip „onderneming" is noch in de richtlijn zelf, noch op een andere plaats van het gecodificeerde gemeenschapsrecht terug te vinden, afgezien van artikel 196 EGA-Verdrag, dat hier evenwel niet relevant is. Er bestaat echter een omvangrijke rechtspraak van het Hof over

het begrip „onderneming". Daarbij moeten eerst verschillende begrippen „onderneming" worden onderscheiden. Enkele arresten hebben betrekking op het begrip in het kader van de vrijheid van dienstverrichting krachtens artikel 59 EG-Verdrag, andere hebben betrekking op de mededingingsregels van de artikelen 85 e. v. EG-Verdrag.

13. Wat het begrip „onderneming" in richtlijn 77/187 betreft, moet in de eerste plaats naar het arrest in de zaak Redmond Stichting [4] worden verwezen. In dit arrest heeft het Hof impliciet beslist, dat een winstoogmerk bij de uitoefening van de activiteiten niet vereist is om een eenheid als onderneming in de zin van richtlijn 77/187 te kunnen aanmerken. Het ging in die zaak om een stichting die zich in het bijzonder met hulpverlening aan verslaafden bezighield. Niettegenstaande het ontbreken van een winstoogmerk, erkende het Hof dat het om een onderneming ging. Deze uitspraak werd in 1994 bevestigd, toen het Hof in de zaak C-382/92, Commissie/Verenigd Koninkrijk [5], voor het begrip „onderneming" in de richtlijn uitdrukkelijk naar het arrest Redmond Stichting verwees.

14. In geen van beide arresten boog het Hof zich evenwel over de overheidssector, zodat zij ook geen enkele aanwijzing bevatten voor de vraag of de richtlijn op dit domein van toepassing is of niet. Afgezien van de verklaring, dat een winstoogmerk niet vereist is, bevatten deze arresten geen criteria om te bepalen of er sprake is van een onderneming.

15. Het Verenigd Koninkrijk heeft ter terechtzitting betoogd, dat de rechtspraak over artikel 85 inzake het begrip „onderneming" op richtlijn 77/187 kan worden toegepast. Het baseert zich daarbij op het arrest in zaak C-382/92, Commissie/Verenigd Koninkrijk. [6] Het Hof antwoordde daarin op de vraag of een winstoogmerk vereist is, dat het op gebieden als het mededingingsrecht of het sociaal recht althans impliciet heeft erkend, dat dit niet het geval is. Daaruit leidt het Verenigd Koninkrijk af, dat de vaststellingen in de rechtspraak over het begrip „onderneming" in de zin van artikel 85 ook op het begrip „onderneming" van richtlijn 77/187 kunnen worden toegepast.

16. Mijns inziens is het niet zeker, dat dergelijke verstrekkende gevolgen enkel uit bovenstaande overweging kunnen worden afgeleid. Overigens zou dat in casu niet veel opbrengen, aangezien ook in het kader van artikel 85 niet is beslist, of een overheidsinstantie, bij voorbeeld een gemeente, een onderneming in de zin van artikel 85 is. Wel

4 — Arrest van 19 mei 1992, zaak C-29/91, Jurispr. 1992, blz. I-3189.

5 — Arrest van 8 juni 1994, Jurispr. 1994, blz. I-2435, r. o. 44.

6 — Aangehaald in voetnoot 5.

ging het in de zaak General Motors [7] om de vervulling van overheidstaken door een privé-onderneming. Artikel 86 werd in het concrete geval van toepassing geacht, zodat de hoedanigheid van onderneming niet werd uitgesloten. Opgemerkt zij, dat het niet ging om de vraag of een organisatie-eenheid die normalerwijze overheidstaken waarneemt, als onderneming moet worden beschouwd, maar dat precies het omgekeerde probleem aan de orde was. Alleen al daarom biedt een beroep op de rechtspraak inzake artikel 85 mijns inziens weinig uitkomst. Dit te meer, daar het Hof zelf, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, de algemene regel heeft vastgesteld, dat het begrip „onderneming" de betekenis moet krijgen die gelet op het doel van de betrokken communautaire regeling en het nuttig effect daarvan het meest geschikt is. [8] Dat betekent in casu, dat aan de hand van de richtlijn zelf moet worden uitgemaakt, of deze al dan niet op een gemeenteadministratie van toepassing is.

17. De Duitse regering wijst een dergelijke toepassing a priori af. Haars inziens ziet de richtlijn niet op overheidsactiviteiten zoals die in casu door de officiële burgemeester van de gemeente Schierke werden uitgeoefend. Dienaangaande werpt zij op, dat de burgemeester bevoegd is voor de toekenning van bouwvergunningen, het beheer van de financiën en onroerend goed, en de rechtsgeschillen van de gemeente. Deze taken zijn onderdeel van het gemeentelijk zelfbestuur, waardoor de handelingen van de burgemeester in ieder geval (ook) overheidshandelingen zijn. Volgens de rechtspraak van het Hof moet het bij de overgang van een onderneming evenwel om de overdracht van een *economische* eenheid gaan. Dit betekent dat er een verband moet zijn met de uitoefening van een economische activiteit.

18. Voorts voert de Duitse regering aan, dat de richtlijn op artikel 100 EG-Verdrag is gebaseerd. Dit artikel is de rechtsgrond voor richtlijnen inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten „welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt". Gemeenten nemen echter bij de vervulling van hun overheidstaken juist niet deel aan de gemeenschappelijke markt. Er bestaat evenmin een verband tussen het overheidsoptreden van de gemeenten en het optreden van de Gemeenschap krachtens artikel 3 EG-Verdrag.

19. De Duitse regering stelt ook, dat het gemeenteoptreden volledig bij nationale wet is geregeld, zodat het geen onderdeel van het communautair economische bestel kan zijn en ook niet door de Raad mag worden geregeld.

7 — Arrest van 13 november 1975, zaak 26/75, Jurispr. 1975, blz. 1367.

8 — Arrest van 2 oktober 1971, zaak C-7/90, Vandevenne e. a., Jurispr. 1991, blz. I-4371, r. o. 6.

20. Volgens de Duitse regering pleit ook de tekst van de richtlijn tegen een toepassing op het onderhavige geval. In de richtlijn is sprake van „ondernemingen", „vestiging of onderdelen daarvan" en „verandering van ondernemer". Er worden dus begrippen gebruikt die op het onderhavige geval niet van toepassing zijn.

21. De Duitse regering is voorts van mening, dat het niet nodig was in deze richtlijn een uitzondering voor werknemers in de overheidssector op te nemen, aangezien het van meet af aan enkel om de overdracht van economische eenheden ging en de richtlijn gezien haar doelstelling dus niet van toepassing kon zijn op de overheidssector.

22. Mijns inziens is het onjuist om de toepasbaarheid van de richtlijn op het onderhavige geval algemeen af te wijzen, zoals de Duitse regering doet. Het wordt niet betwist — zelfs niet door de Duitse regering —, dat een gemeente zonder meer economische activiteiten kan uitoefenen. De vertegenwoordiger van verzoekster heeft ter terechtzitting enkele voorbeelden van gemeentetaken genoemd, die economisch van aard zijn. Het betreft de verkoop, verhuur of verpachting van terreinen, huizen of woningen die eigendom van de gemeente zijn, de verhuur van de gemeentezaal aan privé-organisatoren van feesten, activiteiten ter bevordering van het toerisme als een vorm van reclame, en vele diensten die tegen betaling worden verricht, zoals kinderdagverblijven, culturele manifestaties, het beheer van parkeergelegenheden en het plaatselijk en openbaar vervoer. Ook de klassieke domeinen van afvalophaling en waterhuishouding horen daarbij. Dat betekent dat, zelfs wanneer de uitoefening van een economische activiteit wordt beschouwd als een voorwaarde voor de toepassing van de richtlijn, een gemeente zeer wel als onderneming in de zin van de richtlijn kan worden aangemerkt. Het is daarom onzeker, of gemeenten en hun werknemers van de werkingssfeer van de richtlijn moeten worden uitgesloten, enkel en alleen omdat gemeenten ook overheidsactiviteiten uitoefenen. Dit is te meer onzeker, nu de gemeenten — zoals de vertegenwoordiger van verzoekster ter terechtzitting heeft opgemerkt — volgens de gemeentewet en de grondwet van het Land Saksen-Anhalt geen overheidstaken in strikte zin (politie, tenuitvoerlegging van straffen, leger) verrichten.

23. De toepasselijkheid van de richtlijn op het domein van de gemeenteactiviteiten kan evenmin — zoals de Duitse regering doet — worden afgewezen op de grond dat de Raad niet bevoegd is dit domein te regelen. Het gaat hier niet om een richtlijn die door de Raad voor de overheidssector was bedoeld, maar om een richtlijn ter bescherming van de werknemer, die zich eventueel tot de overheidssector uitstrekt. Later zal moeten worden onderzocht — indien dat überhaupt nodig blijkt — of deze uitbreiding nog wordt gedekt door de rechtsgrondslag van de richtlijn, namelijk artikel 100 EG-Verdrag.

24. Ook voor het argument van de Duitse regering, dat deze sector niet onder de richtlijn valt, zijn overtuigende tegenargumenten te vinden. Zo is de Commissie van oordeel, dat de richtlijn op het overheidsdomein van toepassing is, juist omdat dit domein niet uitdrukkelijk van de werkingssfeer is uitgesloten. Als voorbeeld haalt zij de richtlijn inzake de regeling bij collectief ontslag [9] aan, waarin uitdrukkelijk wordt gesteld dat de richtlijn niet op de overheid van toepassing is. Richtlijn 77/187 zelf noemt, in artikel 1, lid 3, maar één uitzondering, die betrekking heeft op zeeschepen. Op die grond is de Commissie van oordeel, dat de richtlijn in beginsel op het overheidsdomein van toepassing is.

25. Ook de Commissie maakt een onderscheid tussen verschillende domeinen, al naar gelang er al dan niet een overheidsactiviteit in de zin van de rechtspraak van het Hof wordt verricht. Volgens de Commissie vallen derhalve enkel zuivere overheidsfuncties, zoals die van de burgemeester, de politie of het gevangenispersoneel, niet onder richtlijn 77/187. Daarentegen vallen overheidssectoren die economische activiteiten in de klassieke zin van die term verrichten, wel onder de richtlijn, zoals bij voorbeeld overheidsbedrijven voor afvalverwerking, waterleidings- en vervoerbedrijven; maar ook sectoren met overheidstaken behoren hiertoe, wanneer de activiteiten worden verricht door personen die volgens nationale arbeidsvoorschriften als werknemer zijn beschermd (hieronder valt volgens de Commissie bij voorbeeld de secretaresse van de burgemeester, die als werkneemster is aangesteld), of wanneer de werkzaamheden worden verricht door personen, die volgens de rechtspraak van het Hof geen overheidstaken uitoefenen en wier activiteiten in beginsel door een privé-onderneming en met winstoogmerk zouden kunnen worden verricht. Daartoe rekent de Commissie ook de werkzaamheden van de als ambtenaar aangestelde secretaresse van de burgemeester, die door een externe onderneming voor het verrichten van kantoorwerk zouden kunnen worden uitgevoerd.

26. Zelfs wanneer er ontegenzeglijk sprake is van een overheidsactiviteit, meent de Commissie dat de richtlijn van toepassing is wanneer deze overheidssector privaatrechtelijk wordt georganiseerd. De Commissie noemt als voorbeeld de privatisering van staatsgevangenissen.

27. Het Verenigd Koninkrijk heeft ter terechtzitting een overeenkomstig standpunt verdedigd. Daarbij werd weliswaar geen strikt onderscheid gemaakt tussen het begrip „onderneming" en het begrip „overgang van een dergelijke onderneming", maar uit het betoog kan worden afgeleid, dat een over-

9 — Richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 over de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten inzake collectief ontslag (PB 1975, L 48, blz. 29), laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 92/56/EEG van de Raad van 24 juni 1992 (PB 1992, L 245, blz. 3).

heidsinstantie die hoofdzakelijk of uitsluitend overheidsactiviteiten verricht, dat wil zeggen activiteiten die van nature geen economische activiteiten zijn, niet onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. Ook de verwijzing naar de zaak SAT Fluggesellschaft [10] toont aan, dat volgens het Verenigd Koninkrijk een onderscheid moet worden gemaakt tussen overheidsactiviteiten en andere activiteiten. In dat arrest werden activiteiten in verband met de controle en de politie van het luchtruim aangemerkt als de uitoefening van typische overheidsprerogatieven, die geen economisch karakter hebben.

28. Dienaangaande zij opgemerkt, dat dit arrest betrekking had op het begrip „onderneming" in artikel 85. Of dit begrip op de richtlijn kan worden overgedragen, is, zoals reeds uiteengezet, onzeker. Evenwel mag niet uit het oog worden verloren, dat volgens het Verenigd Koninkrijk de toepassing van de richtlijn afhankelijk moet worden gesteld van de vraag, of een economische activiteit wordt uitgeoefend of een activiteit die typisch is voor een overheidslichaam.

29. Het criterium overheidsactiviteit of typische activiteit van een overheidslichaam, is mijns inziens niet het juiste uitgangspunt voor de definitie van het begrip „onderneming" in richtlijn 77/187. Dit volgt naar mijn oordeel reeds uit zuiver praktische overwegingen. Afgezien van het klassieke domein van de overheidsbedrijven en het domein van de zuivere overheidsfuncties, komt het mij voor, dat dit onderscheid in het concrete geval zeer moeilijk en soms onmogelijk te maken is. Zelfs op het gebied van de overheidsactiviteit hebben zich de laatste jaren belangrijke veranderingen voorgedaan. Activiteiten die enkele jaren geleden nog als zuivere overheidsactiviteiten werden beschouwd, worden intussen door privé-ondernemingen uitgeoefend. Als voorbeeld noem ik hier de Duitse Bundespost, die inmiddels is geprivatiseerd (Telekom, Post-Bank, Post-AG), hoewel men er enkele jaren geleden nog van uitging, dat zij zuivere overheidsactiviteiten verrichtte. De Commissie geeft zelf het voorbeeld van de privatisering van gevangenissen. Dit betekent, dat het criterium van de overheidsactiviteit zeer moeilijk te definiëren is, omdat het aan voortdurende verandering onderhevig is. Wat thans als zuivere overheidstaak geldt, kan zeer wel over enkele jaren door een privé-onderneming met winstoogmerk worden uitgevoerd. Het is evenmin uitgesloten, dat taken die door een privé-onderneming worden waargenomen, over enige tijd opnieuw als overheidstaken worden aangemerkt. Derhalve kan nauwelijks worden gerechtvaardigd, waarom het personeel dat deze activiteiten uitoefent, de ene keer door de richtlijn wordt beschermd, en na verandering van de opvatting over het overheidskarakter van de activiteit, die bescherming niet meer zou genieten. Voorts is onduidelijk, hoe een werknemer die zowel overheids- als economische activiteiten uitoefent, moet worden geclassificeerd.

30. Daarom komt een andere benadering mij gepaster voor. Naar mijn oordeel is het

10 — Arrest van 19 januari 1994, zaak C-364/92, Jurispr. 1994, blz. I-43.

zinvoller om aan de hand van de doelstelling van de richtlijn na te gaan, of een gemeente al dan niet een onderneming in de zin van de richtlijn kan zijn. Zoals het Hof reeds heeft verklaard [11], blijkt uit de considerans van richtlijn 77/187, dat deze beoogt te voorkomen, dat de herstructurering binnen de gemeenschappelijke markt ten koste gaat van de werknemers van de betrokken ondernemingen. Dat betekent dat de bescherming van de werknemer op de voorgrond staat. Het feit dat de richtlijn een sociaalrechtelijke betekenis heeft, blijkt ook hieruit, dat zij — zoals de Commissie heeft opgemerkt — in de resolutie van de Raad betreffende een sociaal actieprogramma werd aangekondigd. [12]

31. In de vierde overweging van de considerans van richtlijn 77/187 wordt erop gewezen, dat de verschillen tussen de Lid-Staten op het gebied van de bescherming van werknemers rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de gemeenschappelijke markt. Daaruit volgt evenwel niet, dat de richtlijn uitsluitend tot doel heeft de werking van de gemeenschappelijke markt te verzekeren. Het gaat veeleer in hoofdzaak om de bescherming van de werknemers bij de overgang van ondernemingen.

De vijfde overweging van de considerans van de richtlijn heeft betrekking op artikel 117 van het Verdrag. Dit artikel luidt als volgt:

„De Lid-Staten erkennen de noodzaak, verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers te bevorderen, zodat de onderlinge aanpassing daarvan op de weg van de vooruitgang wordt mogelijk gemaakt. (...)"

Artikel 117 heeft een dubbele — economische en sociale — doelstelling. De sociale doelstelling bestaat erin, de levensstandaard en de arbeidsvoorwaarden te verbeteren. Ook moet worden verhinderd — en dat is de economische doelstelling —, dat de verschillen in ontwikkeling van de arbeidswetgeving en de sociale wetgeving in de Lid-Staten tot concurrentienadelen voor de ondernemingen in Lid-Staten met een hoge beschermingsgraad leiden, of zelfs nog ernstiger storingen van de werking van de gemeenschappelijke markt veroorzaken. Ook hieruit blijkt, dat het beschermingsdoel van de richtlijn erin bestaat, de werknemer bij de overgang van een onderneming te beschermen. In die context lijkt het zinvol, voor de vraag naar de toepasbaarheid van de richtlijn uit te gaan van de door de richtlijn beschermde groep personen, te weten de werknemers. De Commissie heeft in haar schriftelijke opmerkingen een soortgelijke benadering gevolgd.

11 — Arrest van 7 februari 1985, zaak 135/83, Abels, Jurispr. 1985, blz. 469, r. o. 18.

12 — Resolutie van de Raad van 21 februari 1974 betreffende een sociaal actieprogramma (PB 1974, C 13, blz. 1).

32. Indien men ervan uitgaat, dat het de bedoeling van de richtlijn is, de werknemers bij de overgang van een onderneming te beschermen, dan moet deze bescherming ten goede komen aan alle werknemers die volgens nationale voorschriften als zodanig beschermd zijn. Het uiteindelijke gevolg hiervan is evenwel, dat de richtlijn steeds van toepassing is wanneer er in een onderneming of een eenheid personen werkzaam zijn, die volgens de nationale voorschriften als werknemer worden beschermd. Dat betekent op zijn beurt, dat de richtlijn van toepassing is op eenheden die werknemers in de zin van de nationale beschermingsvoorschriften in dienst hebben. Op die manier wordt gewaarborgd, dat alle werknemers die volgens nationale voorschriften bescherming verdienen, ook de door de richtlijn geboden bescherming genieten.

33. Aangezien de richtlijn strekt tot bescherming van de werknemers, is er geen reden waarom overheidspersoneel van de bescherming van de richtlijn zou moeten worden uitgesloten — zoals de Duitse regering stelt —, enkel op grond dat hun overheidslichamen *mede* overheidstaken uitvoeren. Mijns inziens zou dat ondubbelzinnig ingaan tegen het beschermingsdoel van de richtlijn. Daarom moet bij de definitie van het begrip „onderneming" geen onderscheid worden gemaakt tussen overheidsactiviteiten of economische activiteiten, maar moet enkel worden uitgegaan van het begrip „werknemer". Evenmin mag een onderscheid worden gemaakt tussen overheidspersoneel en werknemers in de privé-sector. Dat zou eveneens leiden tot resultaten die indruisen tegen het beschermingsdoel van de richtlijn, te meer daar een dergelijk onderscheid niet in alle Lid-Staten bestaat (in het Verenigd Koninkrijk bij voorbeeld, wordt er geen onderscheid gemaakt tussen loontrekkenden in de overheidssector en loontrekkenden in de privé-sector).

In deze context zij ook opgemerkt, dat in Duitsland privaatrechtelijke collectieve arbeidsovereenkomsten zelfs in de overheidssector op de arbeidsverhoudingen van toepassing kunnen zijn.

34. Dat betekent, dat enkel wanneer van het begrip „werknemer" wordt uitgegaan, de richtlijn overeenkomstig haar beschermingsdoel eenvormig binnen de Gemeenschap kan worden toegepast. De hiervoor geschetste problemen (punt 29) die rijzen bij het trekken van een grens tussen overheidsactiviteiten en niet-overheidsactiviteiten, ontstaan dan niet eens.

35. Advocaat-generaal Van Gerven was in zijn conclusie in de zaak Redmond Stichting [13] dezelfde mening toegedaan. Hij kwam tot de bevinding, dat aan het begrip „onderneming" in de richtlijn een ruime uitlegging moet worden gegeven, en dat bij de beantwoording van de vraag of een bepaalde persoon of rechtspersoon een onderneming is in de zin van een richtlijn die, zoals de onderhavige, een uitgesproken sociale doelstelling heeft, het van doorslaggevend belang is, dat een of meer personen ten opzichte van deze

13 — Conclusie van 24 maart 1992 in zaak C-29/91, Jurispr. 1992, blz. I-3189, I-3196.

persoon of rechtspersoon de hoedanigheid van werknemer hebben in het kader van een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding in de zin van artikel 3, lid 1, van de richtlijn. Het begrip „werknemer" slaat hierbij, aldus Van Gerven, anders dan ter zake van de uitlegging van hetzelfde begrip in artikel 48 EEG-Verdrag, op een ieder die in de betrokken Lid-Staat als werknemer bescherming geniet uit hoofde van de nationale arbeidswetgeving.

36. Dat laatste werd overigens reeds in 1985 [14] door het Hof van Justitie erkend en in 1986 [15] bevestigd. In de zaak Danmols Inventar ging het om de definitie van het begrip „werknemer" in de zin van richtlijn 77/187. Het Hof verwees dienaangaande naar de considerans van de richtlijn, volgens welke het behoud van de rechten van de werknemers bij verandering van werkgever moet worden veiliggesteld. Daaruit blijkt, aldus het Hof, dat de richtlijn slechts een gedeeltelijke harmonisatie beoogt, doordat zij in hoofdzaak de bescherming die de werknemers autonoom aan de wetgeving van de verschillende Lid-Staten ontlenen, eveneens uitbreidt tot het geval van een overgang van de onderneming. Het doel van de richtlijn is dus, zo veel mogelijk veilig te stellen, dat de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding ongewijzigd met de verkrijger wordt voortgezet, teneinde aldus te verhinderen, dat de bij de overgang van de onderneming betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie zouden komen te verkeren. Met de richtlijn wordt evenwel niet beoogd, een uniforme bescherming voor de gehele Gemeenschap in te voeren. Daaruit concludeert het Hof, dat op de richtlijn slechts een beroep kan worden gedaan door personen die uit hoofde van de wetgeving van de betrokken Lid-Staat op enigerlei wijze als werknemer bescherming genieten.

37. Naast de definitie van het begrip „werknemer" in de zin van de richtlijn, volgt uit dit arrest ook, dat het beschermingsdoel van de richtlijn erin bestaat, de werknemers bij de overgang van een onderneming te beschermen en de voortzetting van de arbeidsovereenkomst zo veel mogelijk veilig te stellen. Dat is, zoals hiervoor vermeld, slechts mogelijk wanneer voor de vraag naar de toepasbaarheid van de richtlijn uitsluitend van het begrip „werknemer" wordt uitgegaan.

38. Een definitie van het begrip „onderneming" op basis van de erin tewerkgestelde werknemers is niet in strijd met het feit, dat de richtlijn op artikel 100 EG-Verdrag is gebaseerd. Zoals reeds vermeld, heeft dit artikel betrekking op de werking van de gemeenschappelijke markt. De arbeidsmarkt in de Gemeenschap, respectievelijk de situatie van werknemers is echter ook een deelaspect van de gemeenschappelijke markt. Er bestaat een nauw verband tussen de gemeenschappelijke markt en de situatie van de arbeidskrachten. Werknemers kunnen nadelige gevolgen ondervinden van economische ontwikkelingen en herstructureringen (dit te verhinderen is immers juist het doel van richtlijn 77/187), ongeacht of zij in de privésector of in overheidsdienst werkzaam zijn. Deze nadelige gevolgen kunnen zich op de arbeidsmarkt van de betrokken Lid-Staten of op een deel daarvan doen gevoelen. De arbeidsmarkten van de Lid-Staten zijn door

14 — Arrest van 11 juli 1985, zaak 105/84, Danmols Inventar, Jurispr. 1985, blz. 2639, r. o. 28.

15 — Arrest van 15 april 1986, zaak 237/84, Commissie/België, Jurispr. 1986, blz. 1247, r. o. 13.

de vrijheid van verkeer van de werknemers met elkaar verbonden, zodat de situatie van de arbeidskrachten in de Lid-Staten en de verschillen tussen de nationale regelingen grensoverschrijdende gevolgen kunnen hebben. [16] Op grond daarvan kan worden geconcludeerd, dat een gemeente die werknemers in dienst heeft welke onder de nationale beschermingsnormen vallen, ook de werking van de gemeenschappelijke arbeidsmarkt en derhalve van de gemeenschappelijke markt kan beïnvloeden.

39. Anderzijds kunnen verschillende normen voor de bescherming van de werknemers in de onderscheiden Lid-Staten tot concurrentievervalsingen leiden. De vertegenwoordiger van het Verenigd Koninkrijk heeft dit tijdens de mondelinge behandeling gedeeltelijk ontkend. Hij heeft dienaangaande verwezen naar het arrest in de zaak C-382/92, Commissie/Verenigd Koninkrijk [17], waarin het Hof overwoog, dat de richtlijn ook beoogt ervoor te zorgen, dat de lasten die deze beschermingsregels voor de ondernemingen van de Gemeenschap meebrengen, onderling minder sterk verschillen. Het Verenigd Koninkrijk concludeert daaruit, dat een gemeenteadministratie niet onder de richtlijn valt, wanneer zij typische bestuursactiviteiten uitvoert en zodoende niet in concurrentie treedt met andere ondernemingen.

40. Een dergelijk onderscheid op basis van de aard van de activiteit van de administratie is onverenigbaar met het hoofddoel van de richtlijn, te weten de bescherming van werknemers, zoals in punt 33 reeds uitvoerig is uiteengezet.

41. Bijgevolg is de richtlijn steeds van toepassing, wanneer in een onderneming of een organisatie-eenheid werknemers in de zin van de nationale beschermingsvoorschriften werkzaam zijn. Daarbij speelt het geen rol, of deze onderneming actief is in de overheidssector of in de privé-sector. Dit betekent dat de richtlijn ook op een gemeente van toepassing kan zijn, wanneer daar werknemers in de zin van de nationale beschermingsvoorschriften tewerkgesteld zijn. Het staat aan de nationale rechter, dit te onderzoeken.

42. Mocht het Hof het hier opgeworpen standpunt niet volgen en een economische activiteit van de onderneming aanmerken als bijkomende voorwaarde voor de toepasselijkheid van de richtlijn, zou ik inzake deze bijkomende voorwaarde het volgende willen opmerken: zelfs wanneer men zich aansluit bij de opvatting van de Duitse regering en het Verenigd Koninkrijk en een economische activiteit als een fundamentele voorwaarde voor de toepasselijkheid van de richtlijn beschouwt, blijft in casu het resultaat ongewijzigd, aangezien de gemeente economische activiteiten in de zin van deze voorwaarde uitoefent. Zoals reeds vermeld, heeft de vertegenwoordiger van verzoekster ter terechtzitting talrijke voorbeelden van economische activiteiten van de gemeente genoemd. Bovendien betwist noch de Duitse regering, noch het Verenigd Koninkrijk, dat de

16 — Vierde overweging van de considerans van richtlijn 77/187.
17 — Aangehaald in voetnoot 5.

gemeente dergelijke activiteiten verricht. De gemeente neemt daardoor deel aan de economische activiteit. Het begrip economische activiteit binnen de Gemeenschap wordt vermeld in artikel 2 EG-Verdrag, dat de doelstellingen van de Gemeenschap schetst. Volgens dit artikel heeft de Gemeenschap onder meer tot taak, door het instellen van een gemeenschappelijke markt een harmonische en evenwichtige ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap te bevorderen. Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet aan het begrip „economische activiteit" een ruime uitlegging worden gegeven. Zo werd reeds in het arrest Donà [18] uitgemaakt, dat „het uitoefenen van een werkzaamheid in loondienst of het verrichten van bezoldigde diensten" deel uitmaakt van de economische activiteit in de zin van artikel 2 EEG-Verdrag. Om een activiteit als deel van de economische activiteit te kunnen aanmerken, volstaat het dus dat deze activiteit tegen vergoeding wordt verricht. Uit het arrest Lawrie-Blum blijkt, dat noch het gebied waarop de werkzaamheid wordt uitgevoerd, noch de op de werkzaamheid toepasselijke rechtsregeling daarbij doorslaggevend is. Voor de toepassing van artikel 48 EG-Verdrag — dat in de zaak Lawrie-Blum aan de orde was — is veeleer vereist, aldus het Hof, dat de betrokken werkzaamheid naar haar aard een arbeidsprestatie *tegen beloning* is. Het is daarbij irrelevant, op welk gebied zij wordt geleverd. [19] In een andere uitspraak over artikel 48 heeft het Hof verklaard, dat de aard van de rechtsbetrekking tussen de werknemer en de werkgever, te weten een publiekrechtelijk statuut of een privaatrechtelijk contract, niet ter zake doet. [20]

43. Deze arresten hebben weliswaar geen betrekking op richtlijn 77/187, maar ook advocaat-generaal Van Gerven vertrekt in zijn conclusie in zaak C-382/92, Commissie/Verenigd Koninkrijk [21], van de vraag, of een activiteit tegen vergoeding wordt verricht. Ook hij neemt voor de definitie van het begrip „onderneming" als uitgangspunt, dat het EG-Verdrag krachtens het fundamentele artikel 2 de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap omvat, en dat aan dit begrip een ruime betekenis moet worden toegekend. Opdat een activiteit als economisch kan worden gekwalificeerd, volstaat het zijns inziens dat zij tegen vergoeding geschiedt. De sector waarin de activiteit verricht wordt, is niet van doorslaggevend belang. Aangezien de gemeente ontegenzeglijk activiteiten tegen vergoeding verricht, kan niet worden betwijfeld dat zij aan de economische activiteit deelneemt. Zij is dus economisch actief en neemt deel aan de gemeenschappelijke markt.

44. Zelfs wanneer men zich baseert op de Levin-rechtspraak, blijft deze conclusie ongewijzigd. [22] Daar verklaarde het Hof inzake de werkingssfeer van artikel 48, dat werkzaamheden van te geringe omvang niet meer als deelname aan de economische activiteit kunnen worden aangemerkt. Het staat daarbij aan de nationale rechter, de omvang van de economische activiteit vast te stellen. Ik wil hier evenwel erop wijzen, dat op basis van de onbetwiste verklaring van de vertegenwoordiger van verzoekster ter terechtzitting nauwelijks kan worden gesteld, dat de economische activiteit van de gemeente Schierke van te geringe omvang was.

18 — Arrest van 14 juli 1976, zaak 13/76, Jurispr. 1976, blz. 1333, r. o. 12 en 13.

19 — Arrest van 3 juli 1986, zaak 66/85, Jurispr. 1986, blz. 2121, r. o. 20.

20 — Arrest van 12 februari 1974, zaak 152/73, Sotgiu, Jurispr. 1974, blz. 153, r. o. 6.

21 — Conclusie van 2 maart 1994, Jurispr. 1994, blz. I-2435, I-2438, punten 22-27.

22 — Arrest van 23 maart 1982, zaak 53/81, Jurispr. 1994, blz. 1035, r. o. 17.

45. Bovendien wil ik opnieuw erop wijzen, dat — zoals hiervoor reeds uiteengezet — de gemeente ook door de tewerkstelling van werknemers aan de gemeenschappelijke arbeidsmarkt en dus aan de gemeenschappelijke markt deelneemt.

46. De omstandigheid dat de gemeente *mede overheidsactiviteiten verricht*, kan niet afdoen aan het feit dat zij een economische activiteit verricht. Het zou in strijd zijn met het beschermingsdoel van de richtlijn, werknemers van de bescherming van de richtlijn uit te sluiten, enkel omdat de gemeente naast economische ook overheidsactiviteiten verricht.

47. Het beschermingsdoel van de richtlijn verzet zich ook tegen de benadering van de Commissie volgens welke de verschillende domeinen van de gemeenteadministratie afzonderlijk moeten worden bekeken. Dienaangaande werpt de Commissie het probleem van de functieopvolging op, dat reeds meermaals voor het Hof aan de orde was en dat in de toekomst, aldus de Commissie, nog vaker zal zijn. [23] Voor de oplossing van het onderhavige geval is deze theorie evenwel van geen belang, aangezien ontegenzeglijk vaststaat, dat niet de afzonderlijke functies van de onderneming, maar de eenheid in haar geheel moest worden overgedragen. Indien de door de Commissie voorgestane theorie werd toegepast op het onderhavige geval, waarin de eenheid in haar geheel moet worden overgedragen, zou zulks tot veel problemen leiden. Waarom zou een werknemer van de gemeenteadministratie, die naar nationaal recht op dezelfde manier als zijn collega's wordt behandeld, van de bescherming van de richtlijn moeten worden uitgesloten, enkel omdat hij in tegenstelling tot zijn collega's een overheidsactiviteit verricht? Het is onduidelijk wat er zou gebeuren, wanneer de activiteit van de werknemer verandert en hij vervolgens een economische activiteit gaat uitoefenen.

Een dergelijke indeling in afzonderlijke werkdomeinen is ook om een andere reden praktisch onmogelijk: hoe moet de werknemer van een kleine gemeente, die verschillende functies — en daarmee economische en overheidstaken — tegelijkertijd uitoefent, worden gekwalificeerd? Enkel wanneer het beschermingsdoel van de richtlijn buiten beschouwing wordt gelaten, zou een werknemer slechts van de werkingssfeer van de richtlijn kunnen worden uitgesloten op grond dat zijn economische activiteit van te geringe omvang is (vgl. de bespreking van de Levin-rechtspraak in punt 44). Het staat opnieuw aan de nationale rechter, dit vast te stellen.

Bijgevolg zou de richtlijn zelfs volgens deze benadering in casu op de gemeente van toepassing zijn.

23 — Op dit ogenblik zijn er inderdaad verscheidene zaken betreffende deze problematiek aanhangig.

48. Overigens strookt dit ook met het voorstel van de Commissie tot wijziging van de richtlijn [24], dat uitdrukkelijk voorziet in de toepassing op openbare ondernemingen. Zoals de Commissie in de zesde overweging van de considerans verklaart, is het nodig de geldende regeling te verduidelijken. Om redenen van rechtszekerheid en transparantie „dient in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie uitdrukkelijk te worden bepaald, dat de richtlijn van toepassing is op particuliere en openbare ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk". In de voorgestelde nieuwe bepalingen van de richtlijn wordt het begrip „onderneming" nog steeds zonder nadere definitie gebruikt. Ook volgens deze bepalingen moet dus nog worden uitgegaan van de kenmerken die het Hof reeds heeft gedefinieerd of nog zal definiëren. Met betrekking tot het door de Commissie in haar voorstel gebruikte begrip „economische activiteit", zij het volgende opgemerkt: wordt dit begrip bekeken in het kader van het voorstel van de Commissie, dan blijkt, dat het begrip „onderneming" niet strikter dan voorheen mag worden uitgelegd, en dat volgens de Commissie zelfs overheidsactiviteiten onder het begrip „economische activiteit" kunnen vallen. Naar het oordeel van de Commissie is de richtlijn ook van toepassing, wanneer een als ambtenaar tewerkgestelde secretaresse een activiteit uitoefent die ook aan een privé-onderneming kan worden opgedragen. Daaruit kan worden afgeleid, dat deze secretaresse in dat geval economische activiteiten in de zin van de richtlijn uitoefent. Dat betekent dan weer voor de uitlegging van het begrip „economische activiteiten", dat de Commissie daarmee doelt op activiteiten die — zelfs wanneer het om overheidsactiviteiten gaat — ook door een privé-onderneming kunnen worden verricht. De economische activiteiten van de gemeente die hier aan de orde zijn, vallen dus zonder meer ook onder het begrip „economische activiteiten". Dat betekent, dat ook volgens het voorstel van de Commissie tot wijziging van de richtlijn, deze laatste op het onderhavige geval van toepassing is, en dit vooral ook omdat het beschermingsdoel van de richtlijn onveranderd blijft bestaan.

49. Volledigheidshalve wil ik erop wijzen, dat het Bundesarbeitsgericht een opvatting verdedigt die overeenstemt met de hier uiteengezette. Zo heeft het beslist, dat § 613 a van het Bürgerliche Gesetzbuch van toepassing is op openbare instellingen, scholen, de strijdkrachten en dergelijke. § 613 a BGB is het voorschrift dat de richtlijn in nationaal Duits recht omzet. [25]

50. Samenvattend zou ik daarom nogmaals willen beklemtonen, dat er naar mijn oordeel steeds sprake is van een onderneming in de zin van de richtlijn, wanneer een organisatieeenheid werknemers in dienst heeft, die door de desbetreffende nationale arbeidsrechtelijke voorschriften worden beschermd.

24 — Voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB 1994, C 274, blz. 10 e. v.).

25 — Arresten van het Bundesarbeitsgericht van 16 maart 1994, AZ: 8 AZR 639/92, gepubliceerd in *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 1995, blz. 125-127; 21 juli 1994, AZ: 8 AZR 227/93, gepubliceerd in *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht* 1995, blz. 119, en 7 september 1995, AZ: 8 AZR 928/93, gepubliceerd in *Arbeit und Recht* 1996, blz. 29.

De overgang van de onderneming

51. Nu vaststaat, dat de gemeente Schierke in casu hoe dan ook als een onderneming in de zin van de richtlijn moet worden aangemerkt, rijst de vraag, of er een „overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan" in de zin van de richtlijn heeft plaatsgevonden.

52. Dienaangaande voert verzoekster aan, dat de taken en de daarbij horende middelen als dossiers, diskettes en ander administratief materiaal aan de Verwaltungsgemeinschaft Brocken zijn overgedragen en dat het hier derhalve gaat om een overgang in de zin van de richtlijn.

53. De Commissie verwijst in haar opmerkingen in de eerste plaats naar de beslissing van het Hof in de zaak Spijkers. [26] Volgens deze uitspraak is er steeds sprake van een overgang, wanneer een economische eenheid in het kader waarvan de betrokken arbeidsverhoudingen bestaan, haar identiteit behoudt en enkel de ondernemer van deze economische eenheid verandert.

54. Voor het domein waarin verzoekster werkte, bevestigt het feit dat de sector „bevordering van de economie en toeristische aangelegenheden" evenals de daarmee samenhangende administratieve taken, op organisatorisch vlak waren samengevoegd, en dat voor de uitvoering van deze taken financiële middelen ter beschikking waren gesteld, dat de gemeente Schierke moet worden beschouwd als een economische eenheid met een eigen identiteit. Met betrekking tot het behoud van de identiteit bij de overgang is de Commissie van oordeel, dat niet beslissend mag zijn, of de door verzoekster op haar werkterrein verrichte werkzaamheden door de Verwaltungsgemeinschaft inmiddels ook voor de overige aangesloten gemeenten worden uitgevoerd, maar dat alles wat de gemeente Schierke voorheen zelf deed, thans op soortgelijke of gelijke wijze door de Verwaltungsgemeinschaft in het belang van en voor de gemeente Schierke wordt gedaan.

55. Ook de regering van het Verenigd Koninkrijk verwijst in dit verband naar de uitspraak van het Hof van Justitie in de zaak Spijkers en voert de genoemde voorwaarden voor de overgang van een onderneming aan. Bij de toepassing daarvan op het onderhavige geval, komt zij evenwel tot een ander resultaat dan de Commissie.

Een „regeringslichaam" kan enkel onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen, wanneer het gaat om de overgang van een stabiele economische eenheid. Deze overgang moet ten minste bepaalde activiteiten van de vervreemder verder mogelijk maken. Een economische eenheid omvat bedrijfslokalen en/of vermogensbestanddelen en/of werkne-

26 — Arrest van 18 maart 1986, zaak 24/85, Jurispr. 1986, blz. 1119, r. o. 11 e. v.

mers die economische activiteiten verrichten. Een plaatselijk „regeringsorgaan" valt echter niet meer binnen de werkingssfeer van de richtlijn, wanneer het uitsluitend of hoofdzakelijk activiteiten uitoefent die typische overheidsactiviteiten zijn.

56. Het Hof van Justitie heeft zich reeds meermaals uitgesproken over de uitlegging van het begrip „*overgang* van ondernemingen". In de arresten Spijkers, Ny Mølle Kro en Redmond Stichting heeft het Hof verklaard, dat voor de vraag of er sprake is van overgang in de zin van de richtlijn, beslissend is, of de identiteit van de eenheid bewaard blijft. [27]

Bijgevolg moet worden onderzocht, of een nog bestaande economische eenheid is overgedragen, wat met name kan blijken uit de omstandigheid, dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten wordt voortgezet of hervat. [28]

57. Bij het onderzoek dient hoofdzakelijk op de voortzetting van de bedrijfsactiviteit te worden gelet. De uitdrukking „nog bestaande economische eenheid" duidt op het overgedragen „voorwerp", dat volgens de formulering van de richtlijn een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan is, en overeenkomstig het beschermingsdoel van de richtlijn, zoals hiervoor uiteengezet [29], moet worden bepaald.

58. Om na te gaan of de eenheid haar identiteit heeft behouden, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken. Daartoe behoren onder meer de aard van de onderneming alsmede het gebruik van materiële activa als gebouwen en roerende goederen. Ook moet rekening worden gehouden met de waarde van immateriële activa, de al dan niet overneming van het personeel of een deel daarvan [30], de overdracht van de klantenkring en de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen. Het Hof wijst erop, dat al deze factoren evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek zijn en daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld. [31]

59. Indien deze criteria op de feiten van de onderhavige zaak worden toegepast, zijn er volgens de onbetwiste verklaringen van partijen veel aanwijzingen, dat deze voorwaarden in casu vervuld zijn. Zo zijn de dossiers, diskettes en andere documenten van de

27 — Arrest Spijkers (aangehaald in voetnoot 26); arrest van 17 december 1987, zaak 287/86, Ny Mølle Kro, Jurispr. 1987, blz. 5465, r. o. 18 e. v. , en arrest Redmond Stichting (aangehaald in voetnoot 4, r. o. 23).

28 — Arrest Spijkers (aangehaald in voetnoot 26, r. o. 12), Ny Mølle Kro (aangehaald in voetnoot 27, r. o. 18) en Redmond Stichting (aangehaald in voetnoot 4, r. o. 23).

29 — Zie punten 32, 33 en 34.

30 — Arrest van 7 maart 1996, gevoegde zaken C-171/94 en C-172/94, Merckx en Neuhuys, Jurispr. 1996, blz. I-1253, r. o. 26.

31 — Arrest Redmond Stichting (aangehaald in voetnoot 4, r. o. 24), onder verwijzing naar het arrest Spijkers (aangehaald in voetnoot 26, r. o. 13).

gemeente Schierke aan de Verwaltungsgemeinschaft overgedragen. Voorts is gebleken, dat in elk geval een deel van het personeel is overgenomen en dat de door beide overheidslichamen verrichte activiteiten een zeer grote mate van gelijkenis vertonen, hetgeen ook wordt bewezen door de omstandigheid, dat *alle* taken van de gemeente Schierke worden voortgezet. De bevolking van de gemeente Schierke, die in dit verband als de „klantenkring" van het bestuur moet worden beschouwd, valt thans onder de hoede van de Verwaltungsgemeinschaft.

Uit de verklaringen van partijen kan ook worden afgeleid, dat de oude gebouwen gedeeltelijk verder worden gebruikt, bij voorbeeld voor de bijkantoren.

Dit zijn allemaal feitelijke omstandigheden, die samen beschouwd tot de conclusie leiden, dat de nieuwe „ondernemer", de Verwaltungsgemeinschaft „Brocken", de vroegere bedrijfsactiviteit op zijn minst op soortgelijke wijze daadwerkelijk voortzet, zodat veel erop wijst, dat de door het Hof in de zaak Spijkers genoemde criteria vervuld zouden kunnen zijn.

De omstandigheid dat de nieuw opgerichte Verwaltungsgemeinschaft haar taken voor verschillende gemeenten uitvoert en een deel van de functies in bijkantoren heeft ondergebracht, staat niet in de weg aan de conclusie, dat er een overgang heeft plaatsgevonden.

Het is kenmerkend voor de overgang van een onderneming, en meestal ook de bedoeling daarvan, dat de oude onderneming een nieuwe structuur en organisatie krijgt. De richtlijn verzet zich daar niet tegen; alleen moeten de werknemers worden beschermd tegen de nadelen die door de overgang als zodanig worden veroorzaakt.

Ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen, blijven mogelijk. [32]

60. In beginsel blijft het evenwel een aangelegenheid van de nationale rechter, alle feitelijke omstandigheden te onderzoeken die erop zouden kunnen wijzen, dat een eenheid bij de overgang haar identiteit heeft behouden, dit wil zeggen, dat de nieuwe ondernemer de bedrijfsactiviteiten op zijn minst op soortgelijke wijze voortzet.

32 — Artikel 4, lid 1, tweede volzin, van richtlijn 77/187.

De taak van het Hof is er dus toe beperkt, de nationale rechterlijke instantie de reeds genoemde, volgens het gemeenschapsrecht vereiste criteria te verstrekken, teneinde een met de richtlijn strokende beslissing in het concrete geval te waarborgen.

61. Mijns inziens moet op grond van bovenstaande overwegingen op de eerste vraag van de verwijzende rechter worden geantwoord, dat er sprake is van overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187, wanneer — bij een vrijwillige aaneensluiting van twee of meer zelfstandige gemeenten tot een gemeenschappelijk bestuursorgaan — de gemeenten personen in dienst hebben, die volgens de nationale voorschriften als werknemer bescherming genieten, en de activiteiten van de bestaande gemeenten daadwerkelijk worden voortgezet.

Daarbij moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie (de oprichting van een gemeenschappelijk bestuursorgaan) kenmerken, met name de aard en de omvang van de overgedragen bevoegdheden, de uitgeoefende activiteiten, het territoriaal bevoegdheidsgebied, de beschikkingsbevoegdheid over dossiers en andere administratieve middelen alsmede de overname van het personeel. Het staat aan de nationale rechter, deze feitelijke omstandigheden vast te stellen.

Overdracht krachtens overeenkomst

62. Volgens verzoekster berust de overgang in de zin van de richtlijn op een overdracht krachtens overeenkomst. Hoewel de wettelijke regeling van het Land Saksen-Anhalt een herstructurering door de oprichting van een gemeenschappelijk bestuursorgaan heeft toegestaan, geschiedde deze oprichting op basis van een publiekrechtelijke overeenkomst. Het zou dus niet gaan om de loutere uitvoering van een bindend wettelijk bevel, maar het zou de gemeenten vrijstaan om naar eigen goeddunken aard en omvang van de reorganisatie zelf vorm te geven en te bepalen. De aangesloten gemeenten zouden daarbij gelijkwaardige partijen bij een publiekrechtelijke overeenkomst zijn.

63. De Commissie verwijst in de eerste plaats naar de rechtspraak van het Hof in de zaken Abels en Redmond Stichting. [33] Zij betoogt voorts, dat wanneer ook de overheid een onderneming in de zin van de richtlijn kan zijn, niet te begrijpen valt waarom de uitdrukking „overdracht krachtens overeenkomst" in artikel 1, lid 1, van de richtlijn enkel zou zien op een privaatrechtelijke overeenkomst. Uit de richtlijn zelf kan een dergelijke beperking hoe dan ook niet worden afgeleid; zij zou overigens ook in strijd zijn met het beschermingsdoel van de richtlijn.

33 — Aangehaald in voetnoten 11 en 4.

Bovendien zou de publiekrechtelijke overeenkomst een voorwaarde zijn voor het intreden van de latere wettelijke kracht. In dit voorstadium zouden de gemeenten over een zekere regelingsvrijheid beschikken, dat wil zeggen, de toepasbaarheid van de richtlijn zou in de eerste plaats afhankelijk zijn van de resultaten van de onderhandelingen tussen de gemeenten.

64. De Duitse regering voert aan, dat het veeleer gaat om een publiekrechtelijke overeenkomst tot oprichting van een gemeenschappelijk bestuursorgaan, dat de uitvoering van overheidstaken op gemeentelijk vlak tot voorwerp heeft. Er zou dus geen sprake zijn van een overdracht krachtens overeenkomst in de zin van de richtlijn.

65. Deze opvatting kan evenwel niet worden aanvaard. Zoals het Hof in vaste rechtspraak [34], laatstelijk in het arrest Merckx en Neuhuys, heeft verklaard, moet aan het begrip *overdracht krachtens overeenkomst* een ruime uitlegging worden gegeven, wegens de verschillen tussen de taalversies van de richtlijn en de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot het begrip overdracht krachtens overeenkomst. De uitlegging moet het doel van de richtlijn — bescherming van de werknemers bij overdracht van hun onderneming — tot zijn recht laten komen. 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 als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming". [35]

Uitgaande van het reeds uiteengezette beschermingsdoel van de richtlijn, die iedere werknemer die volgens de nationale voorschriften wordt beschermd, wil behoeden voor de nadelen die de overgang meebrengt, staat het vast, dat de werknemers zowel van privaatrechtelijke als van publiekrechtelijke ondernemingen deze bescherming moeten genieten. Op basis hiervan kan het geen verschil maken, of de overeenkomst tussen de oude en de nieuwe „ondernemer" volgens het privaatrecht of het publiekrecht van de betrokken Lid-Staat moet worden beoordeeld.

66. Hieraan wordt niet afgedaan doordat inderdaad — zoals ter terechtzitting werd opgemerkt — volgens de wet van Saksen-Anhalt door de oprichting van een gemeenschappelijk bestuursorgaan een deel van de taken krachtens de wet overgaat. Ik wil in de eerste plaats beklemtonen, dat het niet de taak van het Hof van Justitie kan zijn de relevante wettelijke voorschriften van het Land te bepalen en te onderzoeken. Enkel de nationale rechter is daartoe bevoegd.

67. Hier kan evenwel worden opgemerkt, dat ter terechtzitting ook is gebleken, dat de

34 — Arresten Abels (aangehaald in voetnoot 11, r. o. 11-13) en Redmond Stichting (aangehaald in voetnoot 4, r. o. 10 e. v.).

35 — Arrest Merckx en Neuhuys (aangehaald in voetnoot 30, r. o. 28).

gemeenten vrij konden bepalen of er taken, activiteiten en bevoegdheden zouden overgaan, en zo ja, in welke mate. Met betrekking tot de taken die na de oprichting van het gemeenschappelijk bestuursorgaan krachtens de wet overgaan, zij opgemerkt, dat de gemeenten bij de oprichting van het gemeenschappelijk bestuursorgaan op de hoogte waren van de rechtsgevolgen die de gesloten overeenkomsten zouden meebrengen. De voorwaarden voor de overgang van de taken krachtens de wet werden eerst door de oprichting van het gemeenschappelijk bestuursorgaan bij overeenkomst geschapen. De gemeenten hebben derhalve ook in dat opzicht en willens en wetens samengewerkt om de wettelijke gevolgen te doen intreden. Dit betekent, dat er in casu zelfs van een overdracht krachtens overeenkomst kan worden gesproken, wanneer de wettelijke regeling van het Land voorziet in een overgang van de taken krachtens de wet.

68. Indien derhalve publiekrechtelijke lichamen, in casu gemeenten, bij publiekrechtelijke overeenkomst taken overdragen, en werknemers die volgens nationaal recht worden beschermd, door deze overdracht worden geraakt, dan is de richtlijn van toepassing.

69. Op de tweede vraag van de verwijzende rechter moet dus worden geantwoord, dat voor zover het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, de overgang ook dan op een overdracht krachtens overeenkomst in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 berust, wanneer het gemeenschappelijk bestuursorgaan bij publiekrechtelijke overeenkomst is opgericht.

C — Conclusie

70. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging, de door de verwijzende rechter gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Er is sprake van overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977, wanneer — bij een vrijwillige aaneensluiting van twee of meer zelfstandige gemeenten tot een gemeenschappelijk bestuursorgaan — de gemeenten personen in dienst hebben, die volgens de nationale voorschriften als werknemer bescherming genieten, en de activiteiten van de bestaande gemeenten daadwerkelijk worden voortgezet.

Daarbij moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie (de oprichting van een gemeenschappelijk bestuursorgaan) kenmerken, met name de aard en de omvang van de overgedragen bevoegdheden, de uitgeoefende activiteiten, het territoriaal bevoegdheidsgebied, de beschikkingsbevoegdheid over dossiers en andere administratieve middelen alsmede de overname van het personeel. Het staat aan de nationale rechter, deze feitelijke omstandigheden vast te stellen.

2) De overgang berust ook dan op een overdracht krachtens overeenkomst in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187, wanneer het gemeenschappelijk bestuursorgaan bij vrijwillige publiekrechtelijke overeenkomsten tussen de aangesloten gemeenten is opgericht, zelfs wanneer dientengevolge een deel van de taken krachtens de wet overgaat."