CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL S. ALBER van 18 januari 2000 *

A — Inleiding

1. In de onderhavige prejudiciële procedure staat met name de vraag centraal of 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 [1] betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen ook bij de privatisering van openbare instellingen toepassing kan vinden. In dit verband gaat het in het bijzonder om de uitlegging van de artikelen 1 en 3 van de richtlijn. In artikel 1 is sprake van een overdracht krachtens overeenkomst, terwijl de overgang in het hoofdgeding krachtens wet heeft plaatsgevonden; artikel 3 heeft betrekking op werknemers, terwijl verzoekers in het hoofdgeding ten tijde van de ondernemingsovergang in 1993 vermoedelijk in dienst van de overheid waren.

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — PB L 61, blz. 26.

B — Toepasselijke bepalingen

I — *Gemeenschapsrecht*

Richtlijn 77/187/EEG

2. De passages van de richtlijn die in casu relevant zijn, luiden als volgt:

„AFDELING I

Werkingssfeer en definities

Artikel 1

1. Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen

of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie.

(...)

Artikel 2

In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) vervreemder, iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel daarvan verliest;

(...)

AFDELING II

Behoud van de rechten der werknemers

Artikel 3

1. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

(...)

2. Na de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, handhaaft de verkrijger de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden in dezelfde mate als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgesteld voor de vervreemder tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast.

De lidstaten mogen het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden

gehandhaafd beperken mits dit tijdvak niet korter wordt dan een jaar.

(...)

Artikel 4

1. De overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen.

(...)"

II — *Nationaal recht*

3. De richtlijn werd in Italië middels wijziging van artikel 2112 van de Codice civile in nationaal recht omgezet. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat het materiële toepassingsgebied van artikel 2112 van de Codice civile later werd uitgebreid tot de overgang van activiteiten van openbare naar privaatrechtelijke instellingen, voor zover bijzondere regelingen niet anders bepalen. De verwijzende rechterlijke instantie is van mening dat „wet nr. 58 van 29 januari 1992 echter, voor de overdracht van de exploitatie van telecommunicatiediensten van ASST [een overheidsdienst] aan de [privaatrechtelijke] vennootschap die later Iritel is gaan heten, een bijzondere regeling heeft vastgesteld, die afwijkt van de algemene regeling inzake de overgang van ondernemingen, neergelegd in artikel 2112 Codice civile", aangezien „anders dan deze laatste bepaling wet nr. 58/92 met name niet voorziet in de voortzetting van de arbeidsverhouding". Wet nr. 58/92 laat het namelijk aan de sociale partners over om via collectieve onderhandelingen de voormalige werknemers van ASST te verzekeren van een financiële behandeling die over het geheel genomen niet minder gunstig is dan hun vroegere situatie. Voorts geeft wet nr. 58/92 de werknemers van ASST recht op uitkering van een vergoeding bij beëindiging van de dienst.

4. Artikel 4 van wet nr. 58/92 bepaalde dat Iritel SpA (hierna: „Iritel") de voormalige werknemers van ASST gedurende een jaar in hun functie zou handhaven en dat de werknemers die na afloop van die termijn niet ervoor zouden kiezen om in overheidsdienst te blijven (met in dat geval een nieuwe aanstelling bij de overheid en binnen de provinciegrenzen) door Iritel zouden worden overgenomen.

C — De feiten

5. Verzoekers in het hoofdgeding, Collino en Chiappero (hierna: „verzoekers"), waren van 6 december 1965 respectievelijk 11 december 1966 tot en met 31 oktober 1993 in dienst van Azienda di Stato per i Servizi Telefonici (ASST), een overheidsdienst die was belast met het beheer, de installatie en de exploitatie van openbare telecommunicatiesystemen in Italië. Bij de privatisering van de telecommunicatiediensten en de opheffing van ASST verleende de minister van Posterijen en Telecommunicatie overeenkomstig wet nr. 58/92 bij decreet van 29 december 1992 een exclusieve concessie aan Iritel, een privaatrechtelijke vennootschap, voor het overnemen en voortzetten van de activiteiten die voorheen door ASST werden uitgeoefend. Vooraf was Iritel eveneens op de grondslag van wet nr. 58/92 opgericht door het Istituto per la ricostruzione industriale („IRI"), een holding van de staat, waardoor het gehele kapitaal in handen van de staat was.

6. Op 1 november 1993 werden verzoekers in dezelfde functie die zij voorheen bij ASST uitoefenden, overgenomen door Iritel, nadat zij van ASST de vergoeding bij beëindiging van de dienst hadden ontvangen waar zij recht op hadden. Op 16 mei 1994 werden zij overgenomen door Società italiana per le telecomunicazioni p.a. (hierna: „SIP"), — eveneens in handen van IRI — in het kader van de overname van Iritel door SIP. SIP kreeg vervolgens de naam Telecom Italia SpA (hierna: „verweerster") en verzoekers zijn daarbij in dienst gebleven tot het moment van hun pensionering op 30 november 1996.

7. Verweerster stelt, zonder dat dit door verzoekers wordt betwist, dat het Italiaanse recht in de mogelijkheid voorzag de bij beëindiging van de dienst bij de voormalige werkgever ASST uitbetaalde anciënniteitsvergoeding ten behoeve van één enkele berekening daarvan binnen een termijn van 30 dagen aan de nieuwe werkgever Iritel terug te storten.

8. Volgens de verwijzingsbeschikking van de Pretore circondariale di Pinerolo (hierna: „Pretore") heeft de op 16 oktober 1997 door verzoekers tegen verweerster aanhangig gemaakte zaak een tweeledig doel, dat in beide gevallen is gebaseerd op de continuïteit van de arbeidsverhouding met de oude en de nieuwe werkgever. In de eerste plaats verzoeken zij om herberekening van de salarisverhogingen op grond van de sinds 1 november 1993 verworven anciënniteit, rekening houdend met de bij hun oude werkgever verworven anciënniteit. In de tweede plaats willen zij de op 31 oktober 1993 bij beëindiging van hun overheidsbetrekking ontvangen anciënniteitsvergoeding bij verweerster kunnen storten, teneinde een op basis van hun totale diensttijd tot aan de pensionering berekende, gunstigere anciënniteitsvergoeding te verkrijgen. Verzoekers zijn van mening dat de overgang van de taken van ASST naar in eerste instantie Iritel en later SIP een ondernemingsovergang vormt en dat bijge-

volg hun totale diensttijd vanaf de indiensttreding bij ASST tot aan hun pensionering bij verweerster als ononderbroken arbeidsverhouding moet worden gekwalificeerd.

9. De verwijzende rechterlijke instantie vraagt zich af of een nationale regeling zoals opgenomen in wet nr. 58/92 verenigbaar is met de richtlijn en of, zo dit niet het geval is, in plaats van de nationale regeling de richtlijn moet worden toegepast als norm van gemeenschapsrecht die voorrang heeft.

10. De Pretore stelt derhalve de volgende prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie:

„1) Strekt de werkingssfeer van artikel 1 van richtlijn 77/187/EEG zich uit tot de overdracht onder bezwarende titel, waartoe krachtens nationale wet bij ministerieel decreet is besloten, van een onderneming die wordt beheerd door een openbare instelling die een orgaan is van de staat, aan een privaatrechtelijke vennootschap, opgericht door een andere openbare instelling die alle aandelen ervan bezit, wanneer de werkzaamheid waarop de overdracht betrekking heeft aan de privaatrechtelijke vennootschap is toevertrouwd bij wege van administratieve concessie?

Indien vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:

2) a) Is er ingevolge artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van uit te gaan, dat de arbeidsverhouding is voortgezet met de verkrijger, zodat de werknemer zijn anciënniteit sedert de dag van indiensttreding bij de vervreemder behoudt en recht heeft op betaling van één enkele vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding, waarbij de bij de vervreemder en de bij de verkrijger vervulde diensttijd worden samengeteld?

b) Moet voornoemd artikel 3, lid 1, in ieder geval aldus worden uitgelegd, dat tot de ‚rechten' van de werknemer die aan de verkrijger worden overgedragen, ook de door de werknemer bij de vervreemder verworven voordelen, zoals de anciënniteit, behoren, indien daaraan, volgens de bij de verkrijger geldende collectieve overeenkomst, rechten van financiële aard zijn verbonden?"

11. Opmerkingen zijn ingediend door verzoekers, verweerster, de regeringen van Finland, Oostenrijk en het Verenigd Koninkrijk alsmede door de Commissie. De regering van het Verenigd Koninkrijk heeft haar opmerkingen beperkt tot de eerste prejudiciële vraag. De argumenten

van partijen zullen in de juridische analyse nader worden onderzocht.

D — Juridische analyse

I — *De ontvankelijkheid van de prejudiciële verwijzing*

Argumenten van partijen

12. Verweerster stelt dat de twee aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen niet-ontvankelijk zijn, omdat in het hoofdgeding uitsluitend particulieren tegenover elkaar staan. Bijgevolg kan de verwijzende rechter de bepalingen van de richtlijn niet toepassen op de casus in het hoofdgeding.

13. Ter terechtzitting heeft verweerster voorts aangevoerd dat de tweede vraag, sub a en b, niet relevant is voor de uitkomst van het geding. Wat de vraag met betrekking tot de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding betreft, vorderen verzoekers iets dat reeds door het nationale recht wordt toegestaan, namelijk de terugstorting van hun vergoeding aan Iritel, teneinde een op basis van het totale aantal vervulde dienstjaren berekende vergoeding te verkrijgen. De vraag waarom verzoekers in het hoofdgeding hun vergoeding niet hebben teruggestort, is een feitelijke en geen rechtsvraag.

14. De Finse regering heeft er in dit verband op gewezen dat het enkel aan de nationale rechter staat om te beslissen over de relevantie van een prejudiciële vraag.

15. Tot slot wijst de Commissie erop dat behalve de mogelijkheid om het nationale recht buiten toepassing te laten en naar de rechtstreeks werking van de richtlijn te vragen, ook de mogelijkheid van een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht gegeven is. Zij verklaart evenwel ook dat de formulering van de verwijzingsbeschikking doet veronderstellen dat de verwijzende rechter een dergelijke mogelijkheid in casu uitsluit. Dit is evenwel in vele zaken het geval geweest, waarin het Hof van Justitie uiteindelijk toch heeft gewezen op de mogelijkheid van een richtlijnconforme uitlegging. In het algemeen bestaat bij nationale rechters eerder de tendens het nationale recht buiten toepassing te laten en in de plaats daarvan de richtlijn rechtstreeks toe te passen.

16. De Commissie is evenwel van mening dat ook in het onderhavige geval de nationale rechter dient te worden gewezen op de mogelijkheid van een richtlijnconforme uitlegging. Dienaangaande haalt zij uitdrukkelijk de arresten Carbonari e.a. [2] en Spano e.a. [3] aan. Laatstgenoemd arrest had even-

2 — Arrest van 25 februari 1999 (C-131/97, Jurispr. blz. I-1103).
3 — Arrest van 7 december 1995 (C-472/93, Jurispr. blz. I-4321).

eens betrekking op richtlijn 77/187 en op dezelfde bepaling van Italiaans recht, namelijk artikel 2112 van de Codice civile. In dat arrest heeft het Hof de exceptie van niet-ontvankelijkheid met een verwijzing naar de richtlijnconforme uitlegging verworpen.

17. In de onderhavige zaak gaat het erom dat artikel 3, lid 1, van de richtlijn door artikel 2112 van de Codice civile op correcte wijze in nationaal recht is omgezet. Het probleem in casu is derhalve niet de omzetting van de richtlijn, maar de bijzondere, van artikel 2112 afwijkende regeling die is opgenomen in wet nr. 58/92. De nationale rechter dient bijgevolg twee nationale regelingen uit te leggen en te beslissen welke regeling hij in de onderhavige zaak zal toepassen. Het probleem ligt dan echter niet in de rechtstreekse werking van artikel 3 van de richtlijn, maar in een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht. Het Hof heeft steeds een zeer ruime toepassing gegeven aan dit beginsel van de richtlijnconforme uitlegging.

18. In de beide arresten Spano e.a. en Carbonari e.a. — aldus vervolgt de Commissie — heeft het Hof de Italiaanse rechter impliciet toestemming gegeven om twee nationale regelingen buiten toepassing te laten die voorzagen in ongeoorloofde afwijkingen van de algemene regeling waarmee de richtlijn was omgezet. Het nationale recht was echter niet buiten toepassing gelaten ten gunste van de toepassing van een bepaling van de richtlijn, maar ten gunste van de toepassing van andere nationale regelingen die volledig in overeenstemming waren met de richtlijn. Een en ander heeft niets van doen met de rechtstreekse werking van richtlijnen, en het vraagstuk betreffende de rechtstreekse werking tussen particulieren is in het onderhavige geval dus niet aan de orde.

Beoordeling

19. Wat het argument van verweerster betreft dat de tweede vraag, sub a en b, niet relevant is, kan naar de vaste rechtspraak van het Hof worden verwezen, volgens welke het in de eerste plaats aan de nationale rechter staat om te oordelen over de relevantie van een prejudiciële vraag [4], aangezien die rechter door zijn directe kennis van de feiten en de argumenten van partijen de noodzaak van een prejudiciële verwijzing beter kan beoordelen dan het Hof. [5] Het Hof onderzoekt enkel of de verwijzende rechterlijke instantie niet evident misbruik maakt van de discretionaire bevoegdheid die het gemeenschapsrecht haar geeft. In die omstandigheden zijn enkel die prejudiciële vragen betreffende de uitlegging van gemeenschapsrecht of de geldigheid van een communautaire bepaling niet-ontvankelijk, die duidelijk geen verband houden met een reëel geschil of het voorwerp van het hoofdgeding en derhalve objectief gezien niet noodzakelijk zijn voor de uitkomst van het hoofdgeding. [6] Van dergelijk misbruik is in casu geen sprake. Integendeel, de relatie tussen het hoofdgeding en de prejudiciële

4 — Vaste rechtspraak sinds het arrest van 5 februari 1963, Van Gend en Loos (26/62, Jurispr. blz. 1, 23 e.v.).

5 — Arrest van 29 november 1978, Redmond (83/78, Jurispr. blz. 2347, punt 25).

6 — Arresten van 16 juni 1981, Salonia (126/80, Jurispr. blz. 1563, punt 6), en 17 mei 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Jurispr. blz. I-1783, punt 14, met andere verwijzingen); beschikking van 26 januari 1990, Falciola (C-286/88, Jurispr. blz. I-191, punt 8), en arrest Spano e.a., aangehaald in voetnoot 3, punt 15.

vragen kan uit de verwijzingsbeschikking zelf worden afgeleid. Of en hoe een nationale regeling als wet nr. 58/92 door de verwijzende rechter toegepast dient te worden, is namelijk afhankelijk van het resultaat van de uitlegging van de richtlijn.

20. De vraag of in de onderhavige zaak de richtlijn eigenlijk wel kan worden toegepast, aangezien het gaat om een geschil tussen particulieren, vormt daarentegen strikt genomen geen kwestie van ontvankelijkheid. Veeleer gaat het om de vraag naar de werking van richtlijnen, en in casu in het bijzonder om de werking van eventueel niet volledig omgezette richtlijnen in het nationale recht.

21. Aangezien in het hoofdgeding twee particulieren tegenover elkaar staan, gaat verweerster klaarblijkelijk ervan uit dat rechtstreekse toepassing van de richtlijn in de onderhavige zaak tot een zogenoemde „rechtstreekse horizontale werking" van richtlijnen zou leiden, die in de rechtspraak van het Hof is verworpen [7] en derhalve van de hand moet worden gewezen.

22. Alvorens stil te staan bij de problematiek van de werking van richtlijnen tussen particulieren, dient men zich af te vragen of het bij de naar privaatrecht opgerichte verweerster ook materieel om een particulier gaat. Immers, de rechtspraak van het Hof gaat wat de rechtstreekse werking van richtlijnen betreft uit van een ruime opvatting van het begrip staat. Dit begrip omvat dan ook niet alleen overheidsinstanties [8], overheidslichamen [9] en territoriale lichamen [10], maar ook staatsondernemingen. [11] Dienaangaande heeft het Hof overwogen dat de mogelijkheid om tegenover de staat een beroep te doen op een richtlijn losstaat van „de hoedanigheid waarin de staat handelt, als werkgever of als overheid. In beide gevallen moet immers worden voorkomen dat de staat voordeel heeft van zijn miskenning van het gemeenschapsrecht." [12] Het Hof heeft aldus vastgesteld, dat „tot de rechtssubjecten tegenover welke een beroep kan worden gedaan op bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, in elk geval, ongeacht zijn juridische vorm, een lichaam behoort dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden". [13]

23. Voor een dergelijk ruim staatsbegrip pleit ten slotte ook dat de sanctie van de rechtstreekse werking tegenover de lidstaten enkel dan volledig doeltreffend kan zijn, indien zij de lidstaat stelselmatig en

7 — Arresten van 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punten 24 e.v.), en 7 maart 1996, El Corte Inglés (C-192/94, Jurispr. blz. I-1281, punten 15 e.v.).

8 — Arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723), en 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651).

9 — Arrest van 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635).

10 — Arrest van 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Jurispr. blz. 1839).

11 — Arrest van 12 juli 1990, Foster e.a. (C-188/89, Jurispr. blz. I-3313).

12 — Arresten Foster e.a., aangehaald in voetnoot 11, punt 17, en Marshall, aangehaald in voetnoot 8, punt 49.

13 — Arrest Foster e.a., aangehaald in voetnoot 11, punt 20.

onafhankelijk van de specifieke juridische vorm waarin deze handelt, raakt. Telkens wanneer de facto de staat zich, direct of indirect, achter een lichaam of een onderneming bevindt en dit of deze controleert, is er geen sprake meer van een particulier. De verwijzende rechter zal op basis van deze criteria moeten beslissen of Iritel, de rechtsvoorgangster van verweerster, al dan niet kan worden beschouwd als een particulier.

24. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat Iritel weliswaar in de vorm van een privaatrechtelijke vennootschap was opgericht, maar alle aandelen in handen waren van een overheidsinstelling. Voorts was de activiteit die werd voorgezet door Iritel afhankelijk van de toekenning van een administratieve concessie. Beide elementen doen veronderstellen dat Iritel van overheidswege werd gecontroleerd en beheerd. Aangezien dit volgens de Commissie eveneens voor verweerster geldt, verandert aan deze zienswijze niets, ook al gaat men in plaats van Iritel uit van verweerster.

25. Voor het geval dat de verwijzende rechter toch tot de slotsom komt dat het bij Iritel daadwerkelijk om een particulier gaat, dient te worden onderzocht in hoeverre de richtlijn de rechtsbetrekkingen tussen particulieren kan beïnvloeden.

26. In dit verband haalt de Commissie terecht het arrest Spano e.a. aan, waarin het Hof verklaart dat „volgens vaste rechtspraak een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en dat een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen (arrest van 14 juli 1994, C-91/92, Faccini Dori, Jurispr. 1994, blz. I-3325, punt 20), maar dat het Hof eveneens heeft verklaard, dat de nationale rechter bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, ongeacht of zij van eerdere of van latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, EEG-Verdrag te voldoen (arrest Faccini Dori, reeds aangehaald, punt 26)". [14]

27. Daarentegen is de verwijzing van de Commissie naar het arrest Carbonari e.a. [15] slechts in zoverre relevant dat de verwijzende rechter in die zaak naar de rechtstreekse werking van een richtlijn vroeg en het Hof in zijn arrest uiteindelijk wees op de mogelijkheid van een richtlijnconforme uitlegging. Afgezien daarvan bevat het arrest geen verdere aanwijzingen voor de oplossing van het onderhavige geschil, aangezien de feitelijke omstandigheden van beide zaken niet vergelijkbaar zijn.

28. In de onderhavige zaak is het evenwel de vraag of de verwijzing naar de mogelijkheid van een dergelijke richtlijnconforme uitlegging voldoende is, nu de verwijzende rechter te verstaan heeft gegeven een dergelijke conforme uitlegging van het nationale recht niet voor mogelijk te houden. De

14 — Arrest Spano e.a., aangehaald in voetnoot 3, punt 17.
15 — Aangehaald in voetnoot 2.

Commissie wijst er weliswaar op dat het Hof deze mogelijkheid tot nu toe zeer ruim heeft opgerekt, maar ook de richtlijnconforme uitlegging stuit in bepaalde gevallen op haar grenzen. Volgens de rechtspraak van het Hof vindt die uitlegging in elk geval haar begrenzing waar zij ertoe leidt dat aan een particulier een door een niet-omgezette richtlijn opgelegde verplichting wordt tegengeworpen. [16] De verplichting om met de inhoud van de richtlijn te rade te gaan, vindt eveneens haar begrenzing in de algemene rechtsbeginselen van het gemeenschapsrecht en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, waarop het Hof in zaken van strafrechtelijke aard heeft gewezen. [17] In dit opzicht gelden voor de verplichting van de rechterlijke instanties van de lidstaten tot richtlijnconforme uitlegging dezelfde beperkingen als voor de rechtstreekse werking van bepalingen van richtlijnen. Immers, ook wat de rechtstreekse werking betreft heeft het Hof verklaard dat een bepaling van een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen. [18] Zou de nationale rechter in casu enkel op de richtlijnconforme uitlegging worden gewezen, dan zou hem daarmee mogelijkerwijs niet voldoende hulp worden geboden voor het nemen van een beslissing in het hoofdgeding, zoals nu juist is bedoeld in artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG).

29. Er dient evenwel te worden gewezen op de eigenheid van het onderhavige geval, waarin het niet gaat om de rechtstreekse toepassing van een bepaling van een nog niet in nationaal recht omgezette richtlijn. Het voorwerp van de onderhavige zaak is veeleer de vraag of een in het nationale recht voorziene bijzondere regeling niet moet worden toegepast wanneer zij onverenigbaar is met de richtlijn, en in de plaats daarvan de algemene nationale omzettingsbepaling die in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht, toepassing dient te vinden.

30. Volgens vaste rechtspraak van het Hof zijn alle organen van een lidstaat gemeenschapsrechtelijk verplicht om, binnen het kader van hun bevoegdheden, alle maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. [19] Op grond van de rechtspraak van het Hof tot dusverre kan worden geconcludeerd dat hieruit ook de verplichting voortvloeit om nationaal recht dat in strijd is met de richtlijn buiten toepassing te laten. [20] Uiteraard kan een dergelijke naleving van de richtlijn indirecte of feitelijke lasten of verplichtingen voor particulieren opleveren. Dit kan uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht evenwel geen kwaad, zolang de op de richtlijn gebaseerde rechtsgevolgen voor particulieren via het nationale recht worden teweeggebracht.

31. Bijgevolg dient ook een nationale regeling als die van wet nr. 58/92 door de nationale rechter buiten toepassing te worden gelaten wanneer zij onverenigbaar is

16 — Arrest van 26 september 1996, Arcaro (C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punt 42).

17 — Arrest van 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Jurispr. blz. 3969, punten 13 e.v.).

18 — Arresten Kolpinghuis Nijmegen, aangehaald in voetnoot 17, punten 6 e.v.; Marshall, aangehaald in voetnoot 8, punt 48, en Arcaro, aangehaald in voetnoot 16, punten 36 e.v.

19 — Sinds arrest van 10 april 1984, Von Colson en Kamann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26), voor het laatst bevestigd in het arrest Carbonari e.a., aangehaald in voetnoot 2, punt 48.

20 — Zie arresten van 28 maart 1996, Ruiz Bernáldez (C-129/94, Jurispr. blz. I-1829), en 30 april 1996, CIA Security International (C-194/94, Jurispr. blz. I-2201, punten 42 e.v.).

met het communautaire recht. Zoals uit de verwijzingsbeschikking van de Pretore blijkt, zou daarmee de regeling van wet nr. 58/92, dat wil zeggen de bijzondere regeling die afwijkt van artikel 2112 van de Codice civile, opzij worden gezet en zou deze algemene bepaling, waarmee de richtlijn in nationaal recht is omgezet, toepassing vinden. De verplichting tot het behoud van de rechten van werknemers vloeit bijgevolg voort uit de toepassing van het nationale burgerlijk recht, waarmee de richtlijn is omgezet, zonder dat daarbij sprake is van verplichtingen voor particulieren die rechtstreeks op de richtlijn zelf zijn gebaseerd.

II — *De eerste vraag*

32. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de richtlijn van toepassing is op de privatisering van een openbare instelling die een orgaan is van de staat (in de telecommunicatiesector), wanneer de voorheen door de openbare instelling uitgeoefende activiteiten voortaan worden uitgeoefend door een privaatrechtelijke vennootschap, waarvan de enige aandeelhouder een andere openbare instelling is.

De materiële werkingssfeer van de richtlijn

— Argumenten van partijen

33. Verzoekers stellen dat de richtlijn in casu van toepassing is. De overdracht van de door ASST uitgevoerde taken in de sector van de openbare telecommunicatiediensten aan Iritel is een ondernemingsovergang als bedoeld in artikel 1 van de richtlijn, aangezien de overdracht onder bezwarende titel en met behoud van de identiteit van de overgedragen economische eenheid heeft plaatsgevonden. Krachtens wet nr. 58/92 zijn alle rechten en activa op Iritel overgegaan. Tegelijkertijd zijn nagenoeg alle werknemers van ASST door Iritel overgenomen en hebben deze in dezelfde bedrijfsruimten dezelfde werkzaamheden uitgeoefend als voorheen bij ASST. Dienaangaande beroepen verzoekers zich op het arrest Spijkers[21] van het Hof van 18 maart 1986.

34. Verzoekers zijn van mening dat het voor de toepasselijkheid van de richtlijn weinig uitmaakt dat de ondernemingsovergang niet middels een overeenkomst tussen een vervreemder en een verkrijger, maar bij wege van verlening van een concessie heeft plaatsgevonden. Zoals het Hof in zijn arrest Daddy's Dance Hall van 10 februari 1988 heeft verklaard, is de richtlijn ook van toepassing „wanneer een niet-overdraagbare pacht eindigt en de eigenaar van de onderneming deze verpacht aan een nieuwe

21 — 24/85, Jurispr. blz. 1119.

pachter, die de exploitatie zonder onderbreking voortzet met hetzelfde personeel". [22] Voorts is het niet van belang of de vervreemder een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke persoon is. Artikel 2 van de richtlijn bepaalt dat iedere natuurlijke of rechtspersoon de hoedanigheid van „vervreemder" kan hebben.

35. Tot slot stellen verzoekers dat wet nr. 58/92 geen afwijkende bijzondere regeling is die voorrang heeft boven artikel 2112 van de Codice civile, maar enkel een weergave van de algemeen toepasselijke bepalingen van dat artikel inzake de overgang van ondernemingen. Dit heeft tot gevolg dat artikel 2112 van de Codice civile van toepassing is op de privatisering van ASST en op de overdracht van haar werkzaamheden aan Iritel.

36. Verweerster betwist de toepassing van de richtlijn in de onderhavige zaak. Volgens artikel 1, lid 1, van de richtlijn is een overgang ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie een dwingende voorwaarde voor de toepassing van de richtlijn. Aangezien de overdracht van de werkzaamheden van ASST aan Iritel evenwel krachtens wet nr. 58/92 en de ministeriële concessieverlening heeft plaatsgevonden, dat wil zeggen op grond van overheidsmaatregelen, is niet aan deze voorwaarde voldaan. Het Hof heeft de notie van „overdracht krachtens overeenkomst" weliswaar steeds ruim uitgelegd, maar desalniettemin kan er volgens verweerster niet van worden afgezien dat de overdrachtshandeling haar oorsprong in een wilsovereenstemming tussen de vervreemder en de verkrijger dient te vinden.

37. Daarenboven is er enkel sprake van een ondernemingsovergang wanneer het voorwerp van overdracht een economische eenheid vormt. De door ASST aan Iritel overgedragen activiteiten zijn echter niet economisch van aard. De exploitatie en installatie van het telecommunicatienetwerk dient veeleer het openbaar belang en staat ten dienste van het algemene publiek. ASST heeft daarom met haar activiteiten geen economisch doel nagestreefd.

38. De Commissie, de Oostenrijkse en de Finse regering, alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn van mening dat de richtlijn wel degelijk kan worden toegepast op een zaak als die in het hoofdgeding.

39. De Oostenrijkse en de Finse regering benadrukken dat het behoud van een reeds voor de overgang bestaande economische eenheid het doorslaggevende criterium is om te bepalen of er sprake is van een ondernemingsovergang. Op grond van de uiteenzettingen van de verwijzende rechter kan deze voorwaarde als vervuld worden beschouwd.

40. Zowel de drie regeringen die opmerkingen hebben ingediend als de Commissie zijn van mening dat het voor de toepasselijkheid van de richtlijn weinig uitmaakt dat ASST een onderdeel van het openbaar bestuur vormde. Uit het arrest Henke van het Hof van 15 oktober 1996 [23], dat betrekking had op de overdracht van onder het openbaar gezag vallende bestuurstaken van een gemeente aan een gemeenschap-

22 — 324/86, Jurispr. blz. 739, punt 11; in deze zaak was niet sprake van een rechtstreeks tussen de voormalige en nieuwe werkgever gesloten overeenkomst.

23 — C-298/94, Jurispr. blz. I-4989.

pelijk bestuursorgaan, blijkt immers dat de toepasselijkheid van de richtlijn niet afhangt van de organisatie van de vervreemder, maar uitsluitend van de aard en soort van de overgedragen activiteiten. Bijgevolg is enkel de overdracht van functies die tot de uitoefening van het openbaar gezag behoren, van de werkingssfeer van de richtlijn uitgesloten. Deze zienswijze heeft het Hof bevestigd in een recent arrest van 10 december 1998.[24]

41. Voorts strookt het maken van onderscheid tussen de overdracht van arbeidsplaatsen uit de overheidssector naar de particuliere sector enerzijds en overgangen van de ene particuliere onderneming naar de andere anderzijds, niet met de beschermingsdoelstelling van de richtlijn, die beoogt het behoud van de rechten van werknemers te garanderen wanneer de onderneming van eigenaar wisselt. Het feit dat de enige eigenaar van de naar privaatrecht opgerichte vennootschap Iritel een openbare instelling is, is om die reden ook niet van belang.

42. In dit verband merkt de Oostenrijkse regering tevens op dat richtlijn 98/50/EG tot wijziging van richtlijn 77/187[25] enkel de rechtspraak van het Hof heeft overgenomen. Immers, de vijfde overweging van de considerans van de richtlijn zegt dat ter wille van de rechtszekerheid en de juridische transparantie moet worden voorzien in een uitdrukkelijke regeling „in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie". De aard van de overgedragen activiteiten leidt er evenmin toe dat de richtlijn niet van toepassing is. Bij het verrichten van diensten in de telecommunicatiesector gaat het immers hoe dan ook niet om de bestuurstaken die tot de uitoefening van het openbaar gezag behoren.

43. De Commissie en de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn van mening dat de taken op het gebied van telecommunicatiediensten en de exploitatie van het openbare telefoonnet die zijn overdragen van ASST aan Iritel, onmiskenbaar economisch van aard zijn. Dat komt bovendien tot uitdrukking in het feit dat de overdracht onder bezwarende titel heeft plaatsgevonden. Bijgevolg staat niets de toepassing van de richtlijn in de weg.

44. Met een verwijzing naar het arrest Commissie/Verenigd Koninkrijk van 8 juni 1994[26] voegen de Finse regering en de Commissie hieraan toe dat de richtlijn van toepassing is op alle openbare en particuliere ondernemingen die economische activiteiten ontplooien, en wel onafhankelijk van de vraag of zij daarmee een winstoogmerk hebben. Daaruit volgt dat, ook al zijn de aan Iritel overgedragen dienstverleningstaken in de telecommunicatiesector in het openbaar belang en ten dienste van het publiek vervuld, de werkingssfeer van de richtlijn niet door dat enkele feit wordt beperkt. Ook de noodzaak van verlening van een concessie sluit niet uit dat de activiteit economisch van aard is, maar heeft enkel een toezicht in het belang van de consumentenbescherming tot doel.

24 — Arrest Hidalgo e.a. (C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237).

25 — Richtlijn van de Raad van 29 juni 1998 (PB L 201, blz. 88).

26 — C-382/92, Jurispr. blz. I-2435.

45. Tot slot staat het ontbreken van een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger niet in de weg aan de toepassing van de richtlijn. Het element van de „overdracht krachtens overeenkomst", vermeld in artikel 1 van de richtlijn, moet vanwege de verschillen tussen de diverse taalversies en de uiteenlopende noties in de lidstaten omtrent de inhoud daarvan, niet letterlijk worden uitgelegd, maar in het licht van de strekking en het doel ervan. De Oostenrijkse en de Finse regering alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk wijzen in het bijzonder op de arresten Abels van 7 februari 1985 [27], Daddy's Dance Hall [28], Redmond Stichting van 19 mei 1992 [29], en Süzen van 11 maart 1997. [30] Uit deze rechtspraak van het Hof vloeit voort dat kan worden afgezien van het vereiste van een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger, zodat ook een overdracht krachtens wet met de daaropvolgende verlening van een concessie binnen de werkingssfeer van de richtlijn kan vallen.

— Beoordeling

46. Inleidend zij kort erop gewezen dat de door verzoekers opgeworpen vraag naar de relatie tussen artikel 2112 van de Codice civile en wet nr. 58/92 naar nationaal recht dient te worden beantwoord. De vraag of wet nr. 58/92 inderdaad een afwijkende bijzondere regeling is die voorrang heeft boven artikel 2112 van de Codice civile dient derhalve niet door het Hof, maar door de verwijzende rechter te worden beantwoord.

a) Ondernemingsovergang

47. Om te beginnen zij er hier aan herinnerd dat er volgens de rechtspraak van het Hof sprake is van een ondernemingsovergang wanneer een economische eenheid blijft voortbestaan na de verandering van eigenaar en daarbij haar identiteit behoudt. Om vast te stellen of aan deze voorwaarde is voldaan, neemt het Hof „alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken" [31] in hun totaliteit in aanmerking. In het bijzonder dient te worden nagegaan in hoeverre materiële of immateriële activa zijn overgedragen, in hoeverre het meeste personeel door de nieuwe ondernemer is overgenomen en in welke mate de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen. [32] Uitgaand van de verwijzingsbeschikking dient op basis van genoemde criteria de overdracht van ASST aan Iritel als een ondernemingsovergang te worden aangemerkt.

48. Voorts dient te worden ingestemd met de door alle partijen, verweerster uitgezonderd, naar voren gebrachte opvatting dat het voor de definitie van overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn niet uitmaakt of de vervreemder een publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke rechtspersoon is. Dit vloeit reeds voort uit de formulering van de definitie van ver-

27 — 135/83, Jurispr. blz. 469.
28 — Aangehaald in voetnoot 22.
29 — C-29/91, Jurispr. blz. I-3189.
30 — C-13/95, Jurispr. blz. I-1259.
31 — Arrest Süzen, aangehaald in voetnoot 30, punt 14.
32 — Ibidem.

vreemder in artikel 2, sub a, van de richtlijn. Volgens dat artikel kunnen alle rechtspersonen — en niet enkel privaatrechtelijke rechtspersonen — „vervreemder" in de zin van de richtlijn zijn. Deze conclusie wordt bevestigd door de beschermingsdoelstelling van de richtlijn. Zij beoogt immers de rechten van werknemers te beschermen in alle gevallen waarin deze bloot staan aan de specifieke risico's die in de regel gemoeid zijn met een verandering van eigenaar en ondernemingsleiding. Het Hof van Justitie heeft in zijn rechtspraak met betrekking tot de overgang van ondernemingen steeds op deze beschermingsdoelstelling gewezen. [33] Gezien deze doelstelling, dient het niet uit te maken of de vervreemder als een particuliere onderneming dan wel als deel uitmakend van de staat kan worden gekenmerkt.

49. Het argument van verweerster dat ASST zelf geen rechtspersoonlijkheid bezat, doet hieraan niet af. Het is juist dat de definitie van artikel 2, sub a, van de richtlijn enkel een natuurlijke of rechtspersoon als vervreemder beschouwt. Maar aan deze voorwaarde wordt hoe dan ook beantwoord door de staat die ASST als openbare instelling leidde en controleerde. Deze conclusie is ook in overeenstemming met het arrest Henke [34]. Het Hof was in dat arrest van oordeel dat een herstructureringsproces binnen het openbaar bestuur, zoals de overdracht van bestuurstaken aan verschillende bestuursorganen, niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. In zijn motivering heeft het Hof met name in aanmerking genomen dat de herstructurering geen betrekking had op economische activiteiten. Hieruit valt af te leiden dat de werkingssfeer van de richtlijn niet wordt bepaald door de vervreemder en zijn publiekrechtelijke of privaatrechtelijke status, zolang deze een economische activiteit uitoefent. Doorslaggevend is derhalve niet de hoedanigheid van de vervreemder, maar de aard van de uitgeoefende activiteit. Activiteiten die tot de uitoefening van het openbaar gezag behoren, kunnen niet het voorwerp van een ondernemingsovergang in de zin van de richtlijn zijn.

50. Deze afbakening is bevestigd in het arrest Hidalgo e.a.. [35] In die zaak ging het in de eerste plaats om de vraag of er sprake is van overgang van een onderneming, wanneer een publiekrechtelijk lichaam de thuishulp aan hulpbehoevenden bij afloop van de overeenkomst met een particuliere onderneming, uitbesteedt aan een andere particuliere onderneming. In de tweede plaats ging het om het gunnen van opdrachten door de Bundeswehr aan verschillende bewakingsfirma's. Onder verwijzing naar het arrest Henke verklaarde het Hof als volgt: „Dat de opdrachtgever een publiekrechtelijk lichaam is, sluit evenmin de toepassing van richtlijn 77/187 uit, aangezien noch de thuishulp aan hulpbehoevenden noch de bewaking tot de uitoefening van het overheidsgezag behoort." [36]

51. Onderzoekt men vervolgens de aard van de overgedragen activiteiten in het hoofdgeding, dan ligt de conclusie voor de hand. Zoals het merendeel van partijen terecht naar voren heeft gebracht, vallen de door ASST aan Iritel overgedragen telecommunicatiediensten niet onder de uit-

33 — Zie, met name, arresten Daddy's Dance Hall, aangehaald in voetnoot 22, punt 9, en Süzen, aangehaald in voetnoot 30, punt 10.

34 — Aangehaald in voetnoot 23.

35 — Aangehaald in voetnoot 24.

36 — Aangehaald in voetnoot 24, punt 24.

oefening van het overheidsgezag, maar vormen zij economische activiteiten. Iritel en later verweerster hebben dezelfde activiteiten als ASST uitgeoefend met een economische doelstelling. Dat is nu juist het doel van een privatisering. Het zou merkwaardig zijn te veronderstellen dat in het geval van ASST een privatisering van activiteiten behorende tot de uitoefening van het overheidsgezag heeft plaatsgevonden. Daarenboven gaat ook de basisrichtlijn op het gebied van privatiseringsmaatregelen in de telecommunicatiesector, dat wil zeggen richtlijn 90/388/EEG van de Commissie van 28 juni 1990 betreffende de mededinging op de markten voor telecommunicatiediensten [37], ervan uit dat deze activiteiten economisch van aard zijn. Samenvattend dient derhalve te worden vastgesteld dat de overgedragen activiteiten in het hoofdgeding niet van dien aard zijn dat toepassing van de richtlijn is uitgesloten.

b) „Overdracht krachtens overeenkomst"

52. Wat vervolgens de voorwaarde van overdracht krachtens overeenkomst betreft, zij verwezen naar het arrest Redmond Stichting. [38] In die zaak ging het om de vraag of er sprake is van een ondernemingsovergang wanneer een gemeente de subsidie aan een stichting beëindigt en vanaf hetzelfde tijdstip deze subsidie toekent aan een andere, op hetzelfde gebied werkzame stichting. De beëindiging van de subsidie leidde ertoe dat eerstbedoelde stichting, die zich met name richtte op de hulpverlening aan verslaafden, haar activiteiten volledig en definitief staakte. Daarbij hadden de twee stichtingen — beide rechtspersonen — en het subsidiërende lichaam — de gemeente — niet alleen de bedoeling en afspraak om de „cliënten/patiënten van de eerste rechtspersoon zoveel mogelijk ‚over te hevelen' naar de tweede rechtspersoon, doch ook om het door de eerste rechtspersoon van die subsidiërende instelling gehuurde onroerend goed aansluitend aan de tweede rechtspersoon in huur te geven en om zoveel als mogelijk (...) is gebruik te maken van de ‚kennis en middelen (b.v. personeel)' van de eerste rechtspersoon". [39] De werknemers die op grond van arbeidsovereenkomsten bij de eerste stichting in dienst waren en niet door de tweede stichting waren overgenomen, en voor wie in rechte om de ontbinding van de arbeidsovereenkomst was verzocht, hadden een beroep gedaan op de bepalingen van Nederlands recht waarmee de richtlijn was omgezet.

53. In voornoemd arrest heeft het Hof zich gedetailleerd uitgesproken over het begrip „overdracht krachtens overeenkomst". Om te beginnen herinnerde het eraan dat het in het arrest Abels [40] had vastgesteld dat „de strekking van de in geding zijnde bepaling van de richtlijn niet uitsluitend op basis van een letterlijke uitlegging kon worden beoordeeld, zulks wegens de verschillen tussen de taalversies van die bepaling en de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen met betrekking tot het begrip overdracht krachtens overeenkomst. Het Hof heeft aan dat begrip daarom een uitlegging gegeven die ruim genoeg is om het doel van de richtlijn — bescherming van de werknemers bij overdracht van hun onderneming — tot zijn recht te doen komen. Het

37 — PB L 192, blz. 10.
38 — Aangehaald in voetnoot 29.
39 — Ibidem, punt 6.
40 — Aangehaald in voetnoot 27.

bepaalde, dat de richtlijn van toepassing is telkens wanneer in het kader van de contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming." [41] De toepasselijkheid van de richtlijn wordt daarom niet uitgesloten door het enkele feit dat „de overgang in twee fasen geschiedt in die zin, dat de onderneming eerst door de huurder weer aan de eigenaar wordt overgedragen, die ze op zijn beurt aan de nieuwe eigenaar overdraagt". [42] Op grond van deze overwegingen concludeerde het Hof in het arrest Redmond Stichting dat het begrip „overdracht krachtens overeenkomst" aldus moet worden uitgelegd, dat het „toepassing vindt in een situatie waarin een overheid besluit de subsidiëring van een rechtspersoon te beëindigen, met het gevolg dat deze rechtspersoon haar activiteiten volledig en definitief moet staken, en de subsidie over te dragen aan een andere rechtspersoon met een soortgelijke doelstelling". [43]

54. Hieruit kan worden afgeleid dat ook in het onderhavige geval de toepassing van de richtlijn niet afstuit op het feit dat de overdracht door de staat bij wege van concessieverlening heeft plaatsgevonden. Overigens lijkt ook de beschermingsdoelstelling van de richtlijn de toepassing daarvan te gebieden.

41 — Arrest Redmond Stichting, aangehaald in voetnoot 29, punten 10 e.v., met verwijzing naar het arrest van 15 juni 1988, Bork International e.a. (101/87, Jurispr. blz. 3057, punt 13).

42 — Arrest Bork International e.a., aangehaald in voetnoot 41, punt 14.

43 — Arrest Redmond Stichting, aangehaald in voetnoot 29, punt 21.

De personele werkingssfeer — Het begrip werknemer

55. De verwijzingsbeschikking bevat geen details met betrekking tot het dienstverband tussen verzoekers en hun oorspronkelijke werkgever. Derhalve is niet duidelijk of zij ambtenaren dan wel anderszins in overheidsdienst waren. Los van dit onderscheid doet zich in dezen dus de vraag voor of de richtlijn ook wat het begrip werknemer betreft van toepassing is, aangezien het niet zeker is of personen die voor een overheidsonderneming gewerkt hebben als werknemers in de zin van de richtlijn kunnen worden beschouwd.

56. Volgens vaste rechtspraak van het Hof beoogt de richtlijn slechts een gedeeltelijke harmonisering, doordat zij in hoofdzaak die bescherming die de werknemers autonoom aan de wetgeving van de verschillende lidstaten ontlenen, eveneens uitbreidt tot het geval van een overgang van de onderneming. Zij wil geen uniform niveau van bescherming voor de gehele Gemeenschap op basis van gemeenschappelijke criteria invoeren. Hieruit volgt dat „op richtlijn nr. 77/187 slechts een beroep [kan] worden gedaan door personen die uit hoofde van de wetgeving van de betrokken lidstaat op enigerlei wijze als werknemer bescherming genieten. In dat geval waarborgt de richtlijn, dat hun uit de arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voortvloeiende rechten niet als gevolg van de overgang van de onderneming verminderen." [44]

44 — Arrest van 11 juli 1985, Danmols Inventar (105/84, Jurispr. blz. 2639, punten 26 e.v.).

— Argumenten van partijen

57. Zowel de Finse regering als de Commissie is van mening dat verzoekers in het hoofdgeding binnen de personele werkingssfeer van de richtlijn vallen. De Finse regering verwijst daarbij om te beginnen naar de rechtspraak van het Hof volgens welke de richtlijn van toepassing is op alle personeelsleden of werknemers die krachtens nationaal recht ontslagbescherming genieten. Ook indien — zo voegt de Finse regering hieraan toe — het begrip werknemer, zoals bedoeld in de richtlijn, naar nationaal recht moest worden gedefinieerd, duidt noch de formulering van de richtlijn, noch de rechtspraak van het Hof erop dat arbeidsverhoudingen in de openbare sector automatisch om zuiver formele redenen van de werkingssfeer van de richtlijn moeten worden uitgesloten. Doorslaggevend is de aard van de uitgeoefende activiteiten. Indien het gaat om een economische activiteit, doet het er weinig toe dat de werkgever de staat of een openbare instelling is. Men kan niet op grond van zuiver formele overwegingen iedereen die in overheidsdienst werkt van de werkingssfeer van de richtlijn uitsluiten.

58. Na te hebben uiteengezet dat verzoekers in het hoofdgeding waarschijnlijk in een publiekrechtelijke dienstbetrekking stonden, zodat zij naar Italiaans recht geen werknemers waren, wijst ook de Commissie om te beginnen op de aard van de activiteiten. Verzoekers in het hoofdgeding kunnen niet van de werkingssfeer van de richtlijn worden uitgesloten, aangezien zij dezelfde activiteiten uitoefenden als later de werknemers van de particuliere onderneming.

59. Voorts verwijst de Commissie naar de voorbereidende werkzaamheden van de richtlijn, dat wil zeggen naar de beide ontwerpen van 1974 en 1975, waarvan artikel 3, lid 1, enkel het begrip „arbeidsverhouding" bevatte, en die aldus de uit een bestaande arbeidsverhouding voortvloeiende rechten en plichten hadden moeten regelen. Gedurende de beraadslagingen heeft de Franse delegatie voorgesteld om tevens het begrip „arbeidsovereenkomst" in artikel 3, lid 1, op te nemen. Het begrippenpaar „arbeidsovereenkomst" en „arbeidsverhouding" is vervolgens ook opgenomen in artikel 4, lid 2. De notulen bevatten geen verklaring voor deze introductie van een nieuw begrip. Het is evenwel buiten kijf dat zowel de Franse als de Italiaanse Republiek in de jaren zeventig een groot aantal staatsondernemingen dreef, waarvan de arbeidsverhoudingen werden beheerst door het bestuursrecht.

60. De Commissie is van mening dat de begrippen „arbeidsovereenkomst" en „arbeidsverhouding" niet als equivalent kunnen worden beschouwd. „Arbeidsverhouding" moet anders dan het begrip „arbeidsovereenkomst" in dier voege worden uitgelegd dat het alle werknemers binnen de werkingssfeer van de richtlijn brengt, wier arbeidsverhouding niet door een overeenkomst maar door bestuursrechtelijke bepalingen wordt beheerst. Dit begrip kan een belangrijke vangnetfunctie hebben, teneinde ook in het geval van de overgang van staatsbedrijven de toepasselijkheid van de richtlijn te waarborgen. Op basis van deze ruime uitlegging en naar analogie van het begrip „arbeidsverhou-

ding" zouden, overeenkomstig de doelstelling van de richtlijn, die werknemers beschermd zijn die in het staatsbedrijf soortgelijke taken vervulden als de werknemers van particuliere ondernemingen, waarnaar de staatsbedrijven zijn overgegaan.

— Beoordeling

61. Het is twijfelachtig of het criterium van de aard van de activiteiten — economische activiteiten tegenover activiteiten die onder de uitoefening van het openbaar gezag vallen — volstaat om de personele werkingssfeer van de richtlijn af te bakenen. In dit verband zij verwezen naar het arrest Hidalgo e.a. [45] In dat arrest heeft het Hof weliswaar verklaard dat de richtlijn van toepassing was, omdat het in het hoofdgeding in die zaak niet om activiteiten ging die onder de uitoefening van het openbaar gezag vielen. Indien men evenwel enkel uitgaat van de aard van de activiteiten, dan zouden automatisch alle werknemers — dus zowel werknemers in overheidsdienst als overige werknemers — die geen tot de uitoefening van het openbaar gezag behorende activiteiten verrichten, binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Het Hof heeft echter verderop in het arrest Hidalgo e.a. — onder verwijzing naar het arrest Danmols Inventar — onderzocht of de werknemer „bescherming geniet uit hoofde van de nationale arbeidswetgeving". [46]

62. Bijgevolg zouden enkel de personeelsleden van een openbare instelling respectievelijk een staatsbedrijf die als werknemers bescherming genieten uit hoofde van het nationale recht, onder de richtlijn vallen. Alle anderen zouden uitgesloten zijn van de werkingssfeer van de richtlijn, ook al oefenden zij zuiver economische activiteiten uit. Dit zal bij privatiseringen van staatsbedrijven echter zeer vaak het geval zijn.

63. Ook het door de Commissie aangevoerde onderscheid tussen de begrippen „arbeidsovereenkomst" en „arbeidsverhouding" leidt er niet zonder meer toe dat de werkingssfeer van de richtlijn naar bijvoorbeeld werknemers in overheidsdienst kan worden uitgebreid. De afbakening van beide begrippen zou ook hierin kunnen zijn gelegen dat het begrip „arbeidsverhouding" bijvoorbeeld feitelijke, niet-contractuele arbeidsverhoudingen omvat. Hoe dan ook kan niet dwingend worden geconcludeerd dat ook arbeidsverhoudingen in de publieke sector onder de richtlijn dienen te vallen.

64. Een beperkte uitlegging van het begrip werknemer zou echter met zich brengen dat een onderscheid werd gemaakt tussen de afzonderlijke werknemers van een openbare instelling in die zin dat sommige wel en andere niet onder de richtlijn vielen. Het is de vraag of een dergelijk onderscheid zinvol is.

65. Een dergelijk onderscheid in behandeling zou kunnen worden gerechtvaardigd door de bijzondere verhouding tussen de werknemer in overheidsdienst en zijn werkgever, de staat. Deze verhouding kan als een bijzondere vertrouwensrelatie worden aangemerkt, waar van de kant van de staat de

45 — Aangehaald in voetnoot 24.

46 — Arrest aangehaald in voetnoot 24, punt 24, met verwijzing naar het in voetnoot 44 respectievelijk voetnoot 29 aangehaalde arrest.

mogelijke toekenning van bijzondere voorrechten aan de werknemers in overheidsdienst tegenover staat. Zo gezien lijken de werknemers in overheidsdienst geen bescherming te behoeven. Bovendien zijn zij in het algemeen niet bij ondernemingsovergangen en bedrijfsfusies betrokken. Bijgevolg zou men hieruit kunnen concluderen dat de richtlijn niet van toepassing is op de werknemers van de voormalige telefoonmaatschappij in handen van de staat.

66. Men kan evenwel niet als algemene regel ervan uitgaan dat een werknemer in overheidsdienst ook in het geval van een privatisering op grond van zijn bijzondere positie door het nationale recht goed beschermd zal zijn. De onderhavige zaak vormt derhalve, juist met het oog op het begrip werknemer, een bijzondere casus. In het onderhavige geding zijn in overheidsdienst werkzame personen betrokken bij een ondernemingsovergang, waardoor zij van hun eventueel bevoorrechte positie — voortkomend uit de „bijzondere vertrouwensrelatie" met hun werkgever — overgaan naar een gewone privaatrechtelijke arbeidsverhouding. Dit betekent dat zij na beëindiging van de privatisering ontegenzeggelijk werknemers in de zin van de richtlijn zijn. In deze omstandigheden lijkt het twijfelachtig of het strikte formele onderscheid aan de hand van het tot nu toe gehanteerde begrip „werknemer" ook in casu dient te worden toegepast. Dit zou tot niet-toepassing van de richtlijn bij privatisering leiden, terwijl in het tegenovergestelde geval — wanneer een werknemer vanuit een privaatrechtelijke arbeidsverhouding naar een dienstbetrekking in de publieke sector overgaat — de richtlijn op zijn minst ratione personae van toepassing zou zijn. In dit geval is het de vraag of werknemers in overheidsdienst die door de particuliere sector worden overgenomen, niet dezelfde mate van bescherming verdienen als werknemers uit de particuliere sector die naar een bijzonder beschermde verhouding als werknemer in overheidsdienst overgaan.

67. In dit verband dient te worden bedacht welk oogmerk de richtlijn heeft. Volgens vaste rechtspraak van het Hof beoogt de richtlijn te verzekeren dat de werknemers bij een verandering in de persoon van het hoofd van de onderneming hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven.[47] De arbeidsovereenkomst of -verhouding wordt daarbij ipso jure met de verkrijger voortgezet.[48]

68. Wanneer uit de rechtspraak voortvloeit dat de richtlijn de werknemers de mogelijkheid biedt op dezelfde voorwaarden als met de vervreemder overeengekomen bij de nieuwe werkgever in dienst te blijven[49], dan houdt dit in dat geen wijzigingen van de loonvoorwaarden, noch van de samenstelling van het loon mogen plaatsvinden.[50] Voorts mogen de werknemers geen nadelen ondervinden, zelfs al worden deze door nieuwe voordelen gecompenseerd.[51] Dit betekent dat op grond van de overgang geen enkele wijziging van de arbeidsvoorwaarden kan plaatsvinden.

47 — Arresten van 25 juli 1991, D'Urso e.a. (C-362/89, Jurispr. blz. I-4105, punt 9), en 5 mei 1988, Berg en Busschers (144/87 en 145/87, Jurispr. blz. 2559, punten 12 en 13).

48 — Arrest aangehaald in voetnoot 47, punt 12.

49 — Arrest aangehaald in voetnoot 22, punt 9.

50 — Arrest van 12 november 1992, Watson Rask en Christensen (C-209/91, Jurispr. blz. I-5755, punt 31).

51 — Arrest aangehaald in voetnoot 22, punt 15.

69. In het onderhavige geval van privatisering van een staatsbedrijf zou dit betekenen dat bij toepassing van de richtlijn alle voorheen aan de werknemers in overheidsdienst toegekende voordelen voorlopig ongewijzigd naar de particuliere sector zouden worden overgebracht.

70. Anders zou — in geval van een beperkte uitlegging van het begrip werknemer — de werknemers in overheidsdienst bij een privatisering generlei bescherming worden geboden, hoewel zij hun bijzondere positie ten opzichte van de staat kwijtraken.

71. Uit het feit dat de richtlijn het onderhavige geval van privatisering niet uitdrukkelijk vermeldt, kan niet worden afgeleid dat de werknemers in een dergelijk geval van de bescherming door de richtlijn moeten worden uitgesloten. De richtlijn dateert uit 1977, dat wil zeggen uit een tijdperk waarin privatiseringen van staatsbedrijven nog niet gebruikelijk waren. Men mag daarom veronderstellen dat zulks bij het vaststellen van de richtlijn niet in aanmerking werd genomen.

72. Er dient evenwel op te worden gewezen dat de nieuwe richtlijn uit 1998 [52] geen ruimer begrip werknemer bevat. Aangezien deze richtlijn pas later in werking is getreden, is zij weliswaar niet van toepassing op het hoofdgeding, maar uit de considerans van de richtlijn [53] blijkt dat zij beoogt het begrip werknemer te verduidelijken in het licht van de (ondertussen gewezen) arresten van het Hof van Justitie. Van de moeilijkheid van een uniforme definitie van het begrip werknemer is men zich waarschijnlijk reeds bij de totstandkoming van richtlijn 77/187 bewust geworden. In hoeverre daarbij en bij de totstandkoming van richtlijn 98/50 is beoogd om ook werknemers in overheidsdienst onder de bescherming van de richtlijn te laten vallen — met name ingeval van privatiseringen — blijft evenwel onduidelijk. De wetgever heeft in elk geval verzuimd om dienaangaande een heldere regeling tot stand te brengen. Hieruit zouden drie mogelijke conclusies kunnen worden getrokken. In de eerste plaats zou men hieruit kunnen afleiden dat werknemers in overheidsdienst opzettelijk zijn uitgesloten van de bescherming door de richtlijn. Verder is het denkbaar dat geen overeenstemming kon worden bereikt over de vraag of — en in voorkomend geval hoe — werknemers in overheidsdienst onder de richtlijn dienen te vallen. Een derde mogelijke verklaring is ten slotte dat men er op grond van de verschillende nationale formuleringen niet in is geslaagd het begrip werknemer te harmoniseren.

73. Terwijl de oorspronkelijke en in casu relevante richtlijn in het geheel afziet van een gemeenschapsrechtelijke omschrijving van het begrip werknemer, beperkt de nieuwe richtlijn zich tot de codificatie van een in de rechtspraak voor een bepaalde feitenconstellatie opgestelde definitie van het begrip werknemer. Aangezien het Hof zich echter tot nog toe niet met het vraagstuk van de privatisering heeft beziggehouden, valt deze situatie buiten de definitie van het begrip werknemer zoals dat uit de rechtspraak voortvloeit.

74. Voorts lagen aan het arrest Danmols Inventar [54], waarin het Hof verduidelijkte

52 — Aangehaald in voetnoot 25.

53 — Zesde overweging van de considerans.

54 — Aangehaald in voetnoot 44.

wat tot dusverre onder werknemer moest worden verstaan, geheel andere feiten ten grondslag. De vraag luidde toen, of een persoon die 50 % van het kapitaal in de betrokken vennootschap in handen heeft, bij de ondernemingsovergang als werknemer moet worden beschouwd. De definitie van het begrip werknemer geschiedde derhalve niet met het oog op de afbakening ten opzichte van de werknemer in overheidsdienst, maar enkel omwille van een afbakening tussen werknemers en werkgevers.

75. Tegen een verruiming van het tot nog toe gehanteerde begrip werknemer zou evenwel de formulering van richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd [55], kunnen pleiten. Artikel 1, lid 3, verklaart deze richtlijn van toepassing op alle particuliere of openbare sectoren, en verwijst daarbij naar artikel 2 van richtlijn 89/391/EEG van de Raad van 12 juni 1989 betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk [56], waar ook sprake is van particuliere en openbare sectoren. Voorts is bepaald dat richtlijn 89/391 niet geldt wanneer bijzondere aspecten die inherent zijn aan bepaalde activiteiten in overheidsdienst, de toepassing ervan in de weg staan. Aangezien richtlijn 93/104 uitdrukkelijk de overheidsdienst vermeldt, en derhalve op alle werknemers van de particuliere en openbare sectoren van toepassing is, zou uit het ontbreken van een vermelding van de overheidsdienst in richtlijn 77/187 kunnen worden afgeleid dat men in die richtlijn het begrip werknemer niet voor de overheidsdienst wilde laten gelden.

76. Rekening houdend met de bijzondere rechten van de werknemers in overheidsdienst — zoals vaste aanstelling — is het denkbaar dat zij juist niet onder de richtlijn betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen dienen te vallen. Vaste aanstelling is echter niet enkel voorbehouden aan de overheidssector. Het is zeer wel denkbaar dat ook in de particuliere sector op grond van een langdurige aanstelling door collectieve overeenkomsten een bescherming wordt geboden die in de praktijk neerkomt op vaste aanstelling. Ook dit toont aan dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat werknemers in overheidsdienst in alle gevallen bevoorrecht zijn en bijgevolg ook een bijzondere bescherming genieten in geval van ondernemingsovergang.

77. Doel van de richtlijn is evenwel ook speciale bescherming te bieden aan degenen die bij een ondernemingsovergang zijn betrokken. In dit verband dient tevens erop te worden gewezen dat volgens de rechtspraak van het Hof [57] de betrokken werknemers wegens de beschermingsdoelstelling van de richtlijn zelfs niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent, en dat hun rechten niet mogen worden verminderd, ook niet met hun instemming. Het Hof wijst er echter op dat de richtlijn

55 — PB L 307, blz. 18.

56 — PB L 183, blz. 1.

57 — Arrest aangehaald in voetnoot 22, punten 15-17.

de betrokken materie slechts gedeeltelijk wil harmoniseren, doordat zij in wezen bepaalt dat de bescherming die de werknemers autonoom aan de wetgeving van de verschillende lidstaten ontlenen, ook wordt uitgebreid tot het geval van overgang van onderneming. „Op de richtlijn kan dus slechts een beroep worden gedaan om te verzekeren dat de werknemer ten opzichte van de verkrijger dezelfde bescherming geniet als waarop hij ingevolge het recht van de betrokken lidstaat aanspraak had ten opzichte van de vervreemder. Voor zover derhalve het nationale recht toelaat om in andere gevallen dan dat van overgang van een onderneming de arbeidsverhouding in een voor de werknemers ongunstige zin te wijzigen, met name wat hun bescherming tegen ontslag betreft, valt een dergelijke wijziging niet uit te sluiten op de enkele grond dat de onderneming inmiddels is overgedragen en de overeenkomst dus met de nieuwe ondernemer is gesloten. Waar immers de verkrijger ingevolge artikel 3, lid 1, van de richtlijn treedt in de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit de arbeidsverhouding voortvloeien, kan die arbeidsverhouding ten opzichte van de verkrijger worden gewijzigd binnen dezelfde grenzen als ten opzichte van de vervreemder mogelijk was geweest, met dien verstande evenwel dat de overgang van de onderneming nooit op zich grond voor de wijziging kan opleveren." [58]

78. Ook de richtlijn zelf bepaalt dat de arbeidsvoorwaarden om andere, van de ondernemingsovergang onafhankelijke redenen kunnen worden gewijzigd. Artikel 4, lid 1, verbiedt bijvoorbeeld een ontslag dat enkel op grond van de overgang van een onderneming plaatsvindt. Eventuele ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen worden daarentegen niet verboden door de richtlijn. Voorts bepaalt artikel 3, lid 2, weliswaar ook dat de in een collectieve overeenkomst vastgelegde arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd in dezelfde mate als deze voorwaarden in deze overeenkomst waren vastgesteld voor de vervreemder, tot het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt. In de tweede volzin van artikel 3, lid 2, wordt het de lidstaten evenwel toegestaan het tijdvak waarin de arbeidsvoorwaarden moeten worden gehandhaafd te beperken, mits dit tijdvak niet korter wordt dan een jaar.

79. Een toepassing van de richtlijn die tevens geldt voor werknemers in overheidsdienst die samen met de onderneming naar de particuliere sector overgaan, zou derhalve geen bovenmatige verruiming van de door de richtlijn geboden bescherming betekenen. Aangezien — zoals reeds is uiteengezet — met een beperkte uitlegging van het begrip werknemer in het onderhavige geval de beschermingsdoelstelling van de richtlijn niet kan worden bereikt, dient ervan te worden uitgegaan dat de richtlijn op grond van haar algemene doelstelling minimaal die rechten bestrijkt die in casu aan de orde zijn. [59]

58 — Zie voetnoot 57.

59 — Ook de beraadslagingen van de Raad van 1974 over het voorstel voor de richtlijn betreffende de overgang van ondernemingen, zouden voor deze opvatting kunnen pleiten. De Raad wijst erop dat de rechtsstelsels van de afzonderlijke lidstaten op het gebied van ondernemingsconcentratie in onvoldoende mate rekening houden met de belangen van de werknemers. Zulks zou, *in het bijzonder*, het geval zijn bij wijzigingen krachtens de regels van het burgerlijk en handelsrecht. Daarmee wordt weliswaar de nadruk op het domein van het burgerlijk en handelsrecht gelegd, maar anderzijds wijst dit erop dat ook aan andere gebieden werd gedacht, zodat het publiekrecht niet kan worden uitgesloten [COM (74) 351 def.].

80. De voorafgaande overwegingen tonen tevens aan dat het zinvol zou zijn om juist met betrekking tot richtlijnen voor de bescherming van werknemers het begrip werknemer uniform — en ruim — te definiëren.

81. Tot slot zij in dit verband nog opgemerkt dat de toepassing van de richtlijn ook niet kan worden uitgesloten op grond van het feit dat verzoekers naar Italiaans recht de mogelijkheid zouden hebben gehad om in overheidsdienst te blijven. Aangezien verzoekers in dat geval een nieuwe functie binnen het overheidsbestuur zouden hebben gekregen, zou het blijven werken in overheidsdienst noodzakelijkerwijs gepaard zijn gegaan met een wijziging van de betrekking en de taken en eventueel zelfs van de standplaats. Wilden verzoekers hun tot dan toe uitgeoefende activiteiten met zo weinig mogelijk veranderingen van het algemene kader voor de uitoefening daarvan voortzetten, dan hadden zij geen andere keuze dan de overheidsdienst te verlaten en hun activiteiten in het kader van een privaatrechtelijke dienstbetrekking bij Iritel voort te zetten. In een dergelijke geval dient de werknemer door de richtlijn te worden beschermd. Het zou niet consequent zijn om hem die bescherming te onthouden, enkel en alleen omdat hij een aanbod voor voortzetting van het dienstverband — in een andere sector van activiteiten — van de vervreemder en voormalige werkgever niet heeft aanvaard. Deze oplossing vindt tevens steun in de rechtspraak van het Hof, volgens welke de rechtsgevolgen van de overgang van een onderneming niet afhankelijk zijn van de wil van de werknemer. De enige uitzondering hierop is het geval waarin de werknemer uit vrije wil besluit de arbeidsverhouding met de nieuwe werkgever niet voort te zetten. [60] Het onderhavige geval betreft evenwel juist de omgekeerde situatie. De bij de ondernemingsovergang betrokken personen hebben geen bezwaar tegen voortzetting van hun dienstverband door de verkrijger, maar hebben geen gebruik gemaakt van een aanbod om bij de vervreemder te blijven. Dit gegeven heeft derhalve geen gevolgen voor hun rechtspositie zoals die volgens de richtlijn is.

82. Gelet op het voorafgaande, lijkt het gepast de bescherming van de richtlijn uit te breiden naar de werknemers in overheidsdienst die door de privatisering in privaatrechtelijke arbeidsverhoudingen komen te staan.

83. Op de eerste vraag dient bijgevolg te worden geantwoord dat de werkingssfeer van artikel 1 van richtlijn 77/187 zich uitstrekt tot de overdracht onder bezwarende titel, waartoe krachtens nationale wet bij ministerieel decreet is besloten, van een onderneming die wordt beheerd door een openbare instelling die een orgaan is van de staat, aan een privaatrechtelijke vennootschap, opgericht door een andere openbare instelling die alle aandelen ervan bezit, wanneer de werkzaamheid waarop de overdracht betrekking heeft aan de privaatrechtelijke vennootschap is toevertrouwd bij wege van administratieve concessie.

III — *De tweede vraag, sub a*

84. De tweede vraag heeft tot doel te vernemen wat de precieze inhoud is van de overgegane rechten, dat wil zeggen

60 — Arrest aangehaald in voetnoot 47, punt 11.

welke arbeidsvoorwaarden in stand blijven. De tweede vraag, sub a, heeft betrekking op het recht van verzoekers op betaling van een bepaalde vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding en de berekening daarvan.

Argumenten van partijen

85. Verzoekers wijzen hierbij op het dwingende karakter van artikel 3, lid 1, van de richtlijn, waaruit zij afleiden dat de van ASST naar Iritel overgegane werknemers zich kunnen beroepen op hun anciënniteit, teneinde één enkele vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding te verkrijgen. Ter terechtzitting hebben verzoekers weliswaar toegegeven dat naar Italiaans recht één enkele berekening van de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding mogelijk was geweest. Hiertoe had evenwel de door ASST betaalde vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding binnen een termijn van 30 dagen na de ondernemingsovergang aan de nieuwe werkgever moeten worden teruggestort. Deze termijn was echter veel te krap, waardoor verzoekers niet op tijd hebben kunnen handelen.

86. Verweerster merkt op dat verzoekers op basis van het Italiaanse recht één enkele vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding hadden kunnen verkrijgen, mits zij de van ASST ontvangen vergoeding hadden teruggestort. Wat daarentegen de verplichtingen uit hoofde van de richtlijn betreft, op grond van artikel 3, lid 1, van de richtlijn moet de verkrijger de werknemers de rechten verlenen die vlak voor de overgang bij de vervreemder bestonden. De richtlijn heeft echter niet tot doel de werknemer die zijn uit hoofde van zijn vorige arbeidsverhouding verkregen rechten behoudt, met terugwerkende kracht nog voordelen van zijn nieuwe werkgever toe te kennen voor de diensttijd voorafgaand aan de overgang. De vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding mag derhalve voor de jaren voorafgaand aan de overgang uitsluitend berekend worden aan de hand van de criteria van ASST en voor de periode ná de overgang aan de hand van de voorschriften die bij Iritel en later bij verweerster golden respectievelijk gelden.

87. De Oostenrijkse en de Finse regering zijn evenals verzoekers van mening dat artikel 3 tot gevolg heeft dat alle aan de anciënniteit verbonden rechten en voordelen overgaan respectievelijk gehandhaafd blijven. Dienaangaande herinnert de Oostenrijkse regering eraan dat de richtlijn evenwel niet in de weg staat aan een latere wijziging van de arbeidsovereenkomst door de verkrijger, mits het nationale recht een dergelijke wijziging onafhankelijk van de overgang van de onderneming toelaat.

88. De Commissie brengt naar voren dat de verkrijger krachtens artikel 3 van de richtlijn gebonden is aan het geheel van de verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de ondernemingsovergang bestaande arbeidsverhouding. Zij voegt hier echter aan toe

dat wet nr. 58/92 dienaangaande geen volstrekt duidelijke regelingen bevat.

89. Uit de rechtspraak vloeit evenwel voort dat alle verplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst op de verkrijger overgaan, hetgeen krachtens artikel 3, lid 2, ook voor collectieve overeenkomsten geldt. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de anciënniteit met het oog op de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding gehandhaafd blijft. Bijgevolg hebben de werknemers recht op uitbetaling van één enkele vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding, die de anciënniteit bij zowel de oude als de nieuwe werkgever omvat.

Beoordeling

90. In dit verband zij nogmaals gewezen op de reeds in de punten 67 en 68 aangehaalde rechtspraak van het Hof volgens welke een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsverhouding dient te worden verzekerd [61] en de mogelijkheid dient te worden geboden om op dezelfde voorwaarden in dienst te blijven. [62] De ratio van artikel 3 van de richtlijn is immers om de werknemer te beschermen tegen de specifieke risico's die gepaard gaan met de overgang van een onderneming. Dat is de reden waarom deze bepaling beoogt de handhaving van de arbeidsverhouding in volle omvang te waarborgen en elke wijziging van de rechten van de werknemer enkel op grond van de ondernemingsovergang uit te sluiten.

91. De anciënniteit op zich vormt evenwel nog geen aanspraak of recht dat met de ondernemingsovergang mee kan overgaan en dat bij de verkrijger geldend kan worden gemaakt. Het is enkel denkbaar dat rechten kunnen overgaan die met de anciënniteit verbonden zijn. Het recht van de werknemer bestaat bijgevolg in zijn aanspraak op betaling van een vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding, die onderdeel is van de in het kader van zijn oude arbeidsverhouding overeengekomen voorwaarden. Het recht op deze vergoeding bestaat uit twee juridisch relevante elementen: de grondslag en de hoogte ervan.

92. Indien nu bij de oude werkgever, de vervreemder, een recht op betaling van een vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding bestaat, dan bepaalt artikel 3 van de richtlijn dat dit recht wat beide elementen betreft, dat wil zeggen zowel wat de grondslag als wat de hoogte ervan betreft, overgaat naar de verkrijger, zodat dit recht vervolgens bij deze geldend kan worden gemaakt. Dit betekent dat de nieuwe werkgever, de verkrijger, verplicht is de hoogte van de uit te keren vergoeding te berekenen aan de hand van de berekeningswijze die bij de vervreemder gold. Daarbij dient hij rekening te houden met de anciënniteit. De verkrijger is ook gebonden aan de overige voorwaarden met betrekking tot het recht op betaling van de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding die van toepassing waren bij de oude arbeidsverhouding. Afhankelijk van de inhoud van de betrokken arbeidsovereenkomst kan dit voor de nieuwe werkgever ook betekenen dat hij, hoewel hij zelf niet in een dergelijke regeling heeft voorzien, verplicht is tot betaling van een vergoeding bij beëindiging van de arbeids-

61 — Arrest van 7 februari 1985, Wendelboe e.a. (19/83, Jurispr. blz. 457, punt 15).

62 — Arrest aangehaald in voetnoot 22, punt 9.

verhouding voor de bij hem vervulde dienstjaren. Voor de berekening van deze vergoeding dient hij tevens rekening te houden met de dienstjaren die reeds bij de vervreemder zijn vervuld.

93. In dit verband zij erop gewezen dat op grond van de rechtspraak van het Hof arbeidsvoorwaarden mogen worden gewijzigd — zelfs ten nadele van werknemers —, mits ook voor de vervreemder naar nationaal recht een dergelijke wijziging los van de ondernemingsovergang mogelijk was. De richtlijn dient de werknemer namelijk in zijn rechtsbetrekkingen tot de verkrijger enkel dezelfde bescherming te bieden als waarop hij ingevolge het nationale recht aanspraak had ten opzichte van de vervreemder. Hieruit volgt dat de rechten van werknemers door de nieuwe werkgever kunnen worden gewijzigd binnen dezelfde grenzen als door de vervreemder mogelijk was geweest. [63] Immers, wanneer de vervreemder de mogelijkheid had de rechten van de werknemers te wijzigen, kan deze mogelijkheid niet door het enkele feit van de ondernemingsovergang voor de toekomst worden uitgesloten. De richtlijn wil slechts voorkomen dat het enkele feit van de ondernemingsovergang de aanleiding vormt voor een verslechtering van de bestaande situatie van de werknemers, dat wil zeggen een beknotting of een afschaffing van de verworven rechten. [64] Derhalve staat de richtlijn niet in de weg aan een beperking in de tijd of aan een niet-eenvormige berekening van de vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding, wanneer de nieuwe werkgever de arbeidsvoorwaarden op dat punt onafhankelijk van de ondernemingsovergang mag wijzigen.

63 — Arrest aangehaald in voetnoot 50, punten 27 e.v.

64 — Arrest aangehaald in voetnoot 22, punt 17.

94. Terzijde zij opgemerkt dat in het onderhavige geval zowel door de oude als door de nieuwe werkgever voorzien is in een dergelijke vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding en dat in het hoofdgeding enkel de berekeningswijze van deze vergoeding voorwerp van geschil lijkt te zijn. Aangezien de rechten, zoals die bij de vervreemder bestonden, zonder wijziging overgaan, gaan ook de met de vervreemder overeengekomen berekeningsmodaliteiten op de verkrijger over. Toekomstige berekeningen en aanpassingen, die enkel in het vooruitzicht waren gesteld, maar waaraan de werknemers geen rechten konden ontlenen, gaan daarentegen niet over. Enkel de rechten die bij de vervreemder geldend konden worden gemaakt, dienen in aanmerking te worden genomen. Er is derhalve geen sprake van een recht op gelijkstelling met nieuwe (mogelijk in een betere positie verkerende) collega's in de particuliere sector, en evenmin van een recht op uitbreiding met terugwerkende kracht van mogelijk voordeligere regelingen bij de verkrijger naar de bij de vervreemder vervulde dienstjaren.

95. Het staat aan de verwijzende rechter om aan de hand van de uiteengezette criteria te onderzoeken of de aan verzoekers uitgekeerde vergoeding voldeed aan de voorwaarden die bij ASST golden, dan wel of verweerster, als verkrijger, het recht op vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding onafhankelijk van de ondernemingsovergang heeft gewijzigd in een bij ASST niet geoorloofde omvang. Zo de verwijzende rechter bij dit onderzoek tot de slotsom komt dat verzoekers' recht op vergoeding op ontoelaatbare wijze is beknot, dan zou een nieuwe berekening van de vergoeding op basis van de bij ASST

geldende berekeningswijze geboden zijn voor de volledige diensttijd.

96. Op de tweede vraag, sub a, dient derhalve te worden geantwoord dat de werknemers recht hebben op betaling van één enkele vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding, waarbij rekening wordt gehouden met de volledige diensttijd (bij de oude en de nieuwe werkgever), wanneer op grond van de arbeidsovereenkomst met de vervreemder een dergelijk recht is toegekend en dit recht niet op toelaatbare wijze door de verkrijger los van de ondernemingsovergang is gewijzigd.

IV — *De tweede vraag, sub b*

97. Het tweede deel van de vraag heeft betrekking op de wijze van berekening van de periodieke salarisverhogingen die moet worden toegepast voor de periode na de ondernemingsovergang.

Argumenten van partijen

98. Verzoekers, de Finse en de Oostenrijkse regering alsmede de Commissie beantwoorden deze subvraag b eveneens in bevestigende zin en verwijzen daarbij naar hun reeds bij subvraag a naar voren gebrachte argumenten.

99. Verweerster merkt om te beginnen op dat de anciënniteit als zodanig noch een recht noch een voordeel vormt, maar enkel een feitelijke omstandigheid is, waaraan rechtsgevolgen kunnen worden verbonden. Vervolgens verwijst zij naar de collectieve overeenkomst, die in casu de salarisaanspraken uit hoofde van de anciënniteit van de voormalige ASST-werknemers regelt.

Beoordeling

100. Zoals reeds bij de tweede vraag, sub a, is opgemerkt, moet de opvatting van verweerster worden gedeeld dat de verworven anciënniteit op zich nog geen recht van werknemers in de zin van artikel 3, lid 1, vormt. Het gaat er veeleer om dat bepaalde rechten met de anciënniteit verbonden moeten zijn, bijvoorbeeld het recht op salarisverhoging, en wel reeds in de arbeidsverhouding met de vervreemder. Deze rechten gaan vervolgens over op de verkrijger. Waren deze rechten ten opzichte van de vervreemder reeds in collectieve overeenkomsten geregeld, dan vindt deze overgang plaats overeenkomstig artikel 3, lid 2, van de richtlijn, waarin is bepaald dat de collectieve overeenkomsten ook ten opzichte van de verkrijger gelden, evenwel slechts totdat de overeenkomsten worden beëindigd of aflopen.

101. Of een en ander ook geldt voor toekomstige salarisverhogingen, hangt af van de vraag of deze op een zodanige wijze met de vervreemder waren overeengekomen dat zij de werknemer recht op deze verhogingen geven. Het staat aan de natio-

nale rechter om zulks vast te stellen. In dit verband zij er nogmaals op gewezen dat een wijziging van de arbeidsvoorwaarden volgens de rechtspraak van het Hof mogelijk is, wanneer deze ook — los van de ondernemingsovergang — bij de vervreemder mogelijk zou zijn geweest.

102. Op de tweede vraag, sub b, dient derhalve te worden geantwoord dat artikel 3, lid 1, van de richtlijn aldus moet worden uitgelegd, dat een verworven anciënniteit enkel in samenhang met de rechten die bij de vervreemder geldend kunnen worden gemaakt, overgaat op de verkrijger.

E — Conclusie

103. Gelet op het voorafgaande, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Ongeacht hoe de richtlijn op grond van het voorafgaande wordt toegepast, dient zij in elk geval te worden uitgelegd als volgt:

1) De werkingssfeer van artikel 1 van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, strekt zich uit tot de overdracht onder bezwarende titel, waartoe krachtens nationale wet bij ministerieel decreet is besloten, van een onderneming die wordt beheerd door een openbare instelling die een orgaan is van de staat, aan een

privaatrechtelijke vennootschap, opgericht door een andere openbare instelling die alle aandelen ervan bezit, en waarbij de werkzaamheid waarop de overdracht betrekking heeft aan de privaatrechtelijke vennootschap is toevertrouwd bij wege van administratieve concessie.

2) a) Ingevolge artikel 3, lid 1, van de richtlijn is ervan uit te gaan dat de arbeidsverhouding is voortgezet met de verkrijger, waarbij de werknemers recht hebben op betaling van één enkele vergoeding bij beëindiging van de arbeidsverhouding, waarbij rekening wordt gehouden met de volledige diensttijd (bij de oude en de nieuwe werkgever), wanneer op grond van de arbeidsovereenkomst met de vervreemder een dergelijk recht is toegekend.

2) b) Artikel 3, lid 1, van de richtlijn moet aldus worden uitgelegd, dat een verworven anciënniteit enkel in samenhang met de rechten die bij de vervreemder geldend kunnen worden gemaakt, overgaat op de verkrijger."