CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL G. COSMAS

van 24 september 1998 *

Inhoudsoverzicht

I — Inleiding ..... I - 8182

II — De communautaire bepalingen ..... I - 8182

III — De toepasselijke bepalingen van nationaal recht ..... I - 8183

A — De bepalingen van Duits recht ..... I - 8183

B — De bepalingen van Spaans recht ..... I - 8184

IV — Feiten en prejudiciële vragen ..... I - 8185

A — Gevoegde zaken C-127/96, C-229/96 en C-74/97 ..... I - 8185

1) Zaak C-127/96 (Hernández Vidal) ..... I - 8185

2) Zaak C-229/96 (Santner) ..... I - 8186

3) Zaak C-74/97 (Gómez Montaña) ..... I - 8187

B — Gevoegde zaken C-173/96 en C-247/96 ..... I - 8188

1) Zaak C-173/96 (Sánchez Hidalgo) ..... I - 8188

2) Zaak C-247/96 (Ziemann) ..... I - 8190

V — Beantwoording van de prejudiciële vragen ..... I - 8193

A — De noodzaak tot beantwoording van de prejudiciële vragen ..... I - 8193

B — De rechtspraak van het Hof ..... I - 8193

C — Gevoegde zaken C-127/96, C-229/96 en C-74/97 ..... I - 8201

1) Zaak Hernández Vidal ..... I - 8201

2) Zaak Santner ..... I - 8205

3) Zaak Gómez Montaña ..... I - 8207

D — Gevoegde zaken C-173/96 en C-247/96 ..... I - 8208

1) Zaak Sánchez Hidalgo ..... I - 8208

2) Zaak Ziemann ..... I - 8210

VI — Conclusie ..... I - 8217

* Oorspronkelijke taal: Grieks.

I — Inleiding

1. In deze zaken wordt het Hof verzocht om uitlegging van enkele bepalingen van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan [1] (hierna: „richtlijn").

2. De in casu gestelde vragen zijn grotendeels reeds opgelost door het recente arrest Süzen, dat het Hof op 11 maart 1997 heeft gewezen in zaak C-13/95. [2]

3. Met betrekking tot de eerste drie gevoegde zaken zij evenwel opgemerkt, dat het Hof zich hier voor het eerst heeft uit te spreken over het geval waarin een onderneming die het schoonmaken van haar lokalen aan een andere onderneming heeft opgedragen, besluit deze overeenkomst te beëindigen en de schoonmaakwerkzaamheden voortaan zelf te verrichten.

4. Ook in de twee andere gevoegde zaken gaat het om de opvolging van ondernemingen in de uitvoering van werkzaamheden. In de zaak Ziemann echter wordt om precisering van het begrip overdraagbare economische eenheid verzocht.

II — De communautaire bepalingen

5. Uit de tweede overweging van de considerans van de richtlijn [3] volgt, dat deze beoogt „de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen".

6. In deel I, waarin de werkingssfeer van de richtlijn wordt omschreven, bepaalt artikel 1, dat de richtlijn „van toepassing [is] op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere onder-

1 — PB L 61, blz. 26.

2 — Jurispr. blz. I-1259. Met de twee door hem in die zaak gestelde vragen, die het Hof tezamen heeft onderzocht, wenste de verwijzende rechter te vernemen, of de richtlijn eveneens toepassing vindt in een situatie waarin een werkgever, die het schoonmaken van zijn lokalen aan een derde onderneming heeft opgedragen, de overeenkomst met deze onderneming opzegt en met een andere onderneming een nieuwe overeenkomst sluit voor de uitvoering van soortgelijke werkzaamheden, zonder dat dit gepaard gaat met de overdracht van materiële of immateriële activa van de eerste op de tweede ondernemer.

3 — Deze richtlijn is onlangs gewijzigd, onder meer ter tegemoetkoming aan de rechtspraak van het Hof. De wijziging vloeit voort uit richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (PB L 201, blz. 88).

nemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie". [4]

7. In deel II van de richtlijn, getiteld „Behoud van de rechten der werknemers", preciseert artikel 3, lid 1, dat „de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, lid 1, bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang [overgaan] op de verkrijger".

8. Luidens artikel 4, lid 1, „[vormt] de overgang van een onderneming, een vestiging of onderdeel daarvan 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."

4 — Artikel 1, lid 1, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/50, luidt als volgt:
„a) Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.
b) Onder voorbehoud van het bepaalde sub a en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.
c) Deze richtlijn is van toepassing op openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. Een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten is geen overgang in de zin van deze richtlijn."

9. Ingevolge artikel 7 ten slotte doet de richtlijn geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers.

III — De toepasselijke bepalingen van nationaal recht

A — *De bepalingen van Duits recht*

10. De richtlijn is in Duits recht omgezet bij § 613a van het Bürgerliche Gesetzbuch (het Duitse Burgerlijk Wetboek; hierna: „BGB"), dat bepaalt:

„Rechten en verplichtingen in geval van overgang van onderneming

1. Wanneer een onderneming of onderdeel daarvan ten gevolge van een rechtshandeling overgaat op een andere eigenaar, treedt deze in de rechten en verplichtingen voortvloeiend

uit de ten tijde van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen (...)" [5]

11. Voorts wordt bepaald:

„2. De vorige werkgever is tezamen met de nieuwe eigenaar hoofdelijk aansprakelijk voor de in lid 1 bedoelde verplichtingen, mits deze zijn ontstaan vóór de datum van overgang en zij uiterlijk een jaar na deze datum opeisbaar zijn geworden. Voor zover deze verplichtingen evenwel opeisbaar worden na de datum van overgang, is de vorige werkgever slechts aansprakelijk voor de periode tot de datum van overgang.

3. (...)

4. Het ontslag van een werknemer door de vorige werkgever of de nieuwe eigenaar uit hoofde van de overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan is van rechtswege nietig. Het recht om de arbeidsovereenkomst op andere gronden op te zeggen blijft onverlet."

B — *De bepalingen van Spaans recht*

12. De richtlijn is in Spaans recht omgezet bij artikel 44 van het Estatuto de los Trabajadores [6], dat bepaalt:

„1. De overgang van een onderneming, vestiging of zelfstandige productie-eenheid daarvan leidt niet automatisch tot beëindiging van de arbeidsverhouding; de nieuwe werkgever treedt in de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de vorige werkgever (...)

2. (...)"

5 — Dezelfde bepaling vervolgt: „Voor zover deze rechten en verplichtingen worden beheerst door de bepalingen van een collectieve arbeidsovereenkomst of een overeenkomst met de ondernemingsraad, maken zij deel uit van de arbeidsverhouding tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer en kunnen zij niet eerder dan een jaar na de datum van overgang ten nadele van de werknemer worden gewijzigd. De tweede volzin is niet van toepassing, wanneer de rechten en verplichtingen van de nieuwe eigenaar worden beheerst door de bepalingen van een andere collectieve arbeidsovereenkomst of een overeenkomst met de ondernemingsraad. Vóór het verstrijken van de in de tweede volzin genoemde termijn kunnen de rechten en verplichtingen worden gewijzigd, indien de collectieve arbeidsovereenkomst of de overeenkomst met de ondernemingsraad niet langer van toepassing is, dan wel bij gebreke van wederzijdse gebondenheid aan een andere collectieve arbeidsovereenkomst welker toepassing tussen de nieuwe eigenaar en de werknemer is overeengekomen."

6 — Werknemersstatuut, goedgekeurd bij Real Decreto Legislativo nr. 1/1995, *Boletín Oficial del Estado* (hierna: „*BOE*") van 29 maart 1995.

IV — Feiten en prejudiciële vragen

A — *Gevoegde zaken C-127/96, C-229/96 en C-74/97*

1) Zaak C-127/96 (Hernández Vidal)

13. P. en M. Gómez Pérez waren sinds een aantal jaren in dienst bij een schoonmaakbedrijf van gebouwen en lokalen, Contratas y Limpiezas SL (hierna: „Contratas y Limpiezas"). Beide zijn schoonmaakster.

14. Zij waren belast met het schoonhouden van de bedrijfsruimten van Francisco Hernández Vidal SA (hierna: „Hernández Vidal"), een kauwgom- en snoepfabriek, krachtens een schoonmaakcontract tussen deze onderneming en Contratas y Limpiezas.

15. Dit schoonmaakcontract, dat op 1 januari 1992 was gesloten [7] en sindsdien jaarlijks was verlengd, werd op 2 januari 1995 door Hernández Vidal opgezegd, omdat zij voortaan zelf haar bedrijfsruimten wilde schoonmaken en daartoe personeel in dienst had genomen. [8] Hernández Vidal noch Contratas y Limpiezas wenste de arbeidsverhouding met P. en M. Gómez Pérez na die datum voort te zetten. [9]

16. Betrokkenen stelden daarop tegen beide ondernemingen bij de Juzgado de lo Social n° 5 de Murcia beroep in wegens onwettig ontslag. Bij vonnis van 23 maart 1995 stelde deze rechter de ongeldigheid van het ontslag vast, doch enkel ten aanzien van Hernández Vidal, die werd veroordeeld tot herstel van het dienstverband van betrokkenen dan wel betaling van schadevergoeding en tot doorbetaling van het loon over de periode tussen de datum van ontslag en de betekening van het vonnis.

7 — Tijdens de mondelinge behandeling hebben P. en M. Gómez Pérez doen opmerken, dat zij respectievelijk vanaf 1983 en 1987 voor Hernández Vidal hadden gewerkt en dat er in 1992 een nieuwe overeenkomst met dit bedrijf was gesloten.

8 — Ter terechtzitting hebben P. en M. Gómez Pérez doen opmerken, dat Hernández Vidal, na de schoonmaak van haar lokalen op zich te hebben genomen, nieuwe werknemers in dienst heeft genomen, die door hen zijn ingewerkt.

9 — Zoals Hernández Vidal opmerkt (punt 3 van deel II van haar schriftelijke opmerkingen), valt de overgang van de schoonmaakwerkzaamheden van gebouwen en bedrijfsruimten naar Spaans recht onder een bijzondere, voor werknemers gunstiger regeling. Zij doelt hiermee op artikel 13 van de Ordenanza Laboral para Limpieza de Edificios y Locales (verordening betreffende de sociale zekerheid van werknemers in de sector schoonmaak van gebouwen en bedrijfsruimten, zoals goedgekeurd bij besluit van 15 februari 1975 en verlengd bij besluit van 28 december 1994) en op artikel 37 van de Convenio Colectivo para Limpieza de Edificios y Locales in de regio Murcia (collectieve arbeidsovereenkomst voor werknemers in de sector schoonmaak van gebouwen en bedrijfsruimten in de regio Murcia).
Ingevolge artikel 13 van de Ordenanza hoeft een onderneming die de schoonmaakwerkzaamheden aan een derde heeft uitbesteed en die die werkzaamheden zelf gaat verrichten, het personeel dat de werkzaamheden voor rekening van die derde verrichtte niet over te nemen, indien zij de schoonmaakwerkzaamheden door haar eigen werknemers laat uitvoeren. Daarentegen is zij wel verplicht de werknemers van de vorige opdrachtnemer over te nemen, wanneer zij nieuw personeel in dienst wenst te nemen om die schoonmaakwerkzaamheden te verrichten.
Artikel 13 bepaalt voorts, dat de werknemers van een opdrachtnemer die schoonmaakdiensten verricht, wier arbeidsverhouding met die opdrachtnemer na afloop van het contract wordt beëindigd, worden overgenomen door de nieuwe opdrachtnemer.
Artikel 37 van de Convenio Colectivo bepaalt, dat de werknemers die hun werkzaamheden in een vestiging verrichten, na afloop van een schoonmaakcontract worden overgenomen door de nieuwe contractpartij, die wordt gesubrogeerd in de rechten en verplichtingen van de vorige contractpartij.

17. Hernández Vidal ging van dit vonnis in hoger beroep bij het Tribunal Superior de Justicia de Murcia, omdat er volgens haar geen sprake was van een overgang van een vestiging of onderdeel daarvan en zij dus niet als verkrijger kon worden aangemerkt.

18. Omdat dit Tribunal (Sociale Kamer) van oordeel was, dat de oplossing van het geschil afhing van de uitlegging van de richtlijn, heeft het het Hof de navolgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is het verrichten van werkzaamheden, bestaande in het schoonmaken van de lokalen van een onderneming waarvan de hoofdactiviteit niet het schoonmaken is — in casu namelijk de vervaardiging van kauwgom en snoepgoed — maar die wel voortdurend behoefte heeft aan deze nevenactiviteit, te beschouwen als ‚onderdeel van een vestiging'?

2) Kan voorts het begrip ‚overdracht krachtens overeenkomst' aldus worden verstaan, dat daaronder ook valt de beëindiging van een — gedurende drie jaar jaarlijks verlengde — overeenkomst tot het verrichten van schoonmaakwerkzaamheden na afloop van het derde jaar ingevolge een besluit van de onderneming waarvoor die werkzaamheden worden verricht? Zo ja, is het dan van belang of de onderneming waarvoor die werkzaamheden worden verricht, het schoonmaakwerk laat uitvoeren door haar eigen of door andere, nieuw aangestelde werknemers?"

2) Zaak C-229/96 (Santner)

19. F. Santner was sinds 1980 als schoonmaker in dienst bij achtereenvolgens Dörhöffer+Schmitt GmbH (hierna: „Dörhöffer+Schmitt") en B+S GmbH (hierna: „B+S"), ontstaan uit een bedrijfssplitsing van Dörhöffer+Schmitt.

20. Santner was uitsluitend belast met het schoonhouden van de badinrichtingen van Hoechst AG (hierna: „Hoechst") krachtens achtereenvolgende schoonmaakcontracten tussen dit bedrijf en beide voornoemde ondernemingen.

21. Hoechst zegde het contract met B+S evenwel op en reorganiseerde het schoonhouden van haar badinrichtingen. Voortaan zou de schoonmaak hiervan deels door haar eigen werknemers worden verricht en deels in samenwerking met derde ondernemingen.

22. Op 27 april 1995 beëindigde B+S de arbeidsverhouding met Santner. Deze was van

mening, dat er sprake was van een overgang van een onderneming en dat zijn arbeidsverhouding met Hoechst derhalve moest worden voortgezet, reden waarom hij laatstgenoemde onderneming dagvaardde voor het Arbeitsgericht Frankfurt am Main.

23. Omdat het Arbeitsgericht van oordeel was, dat de oplossing van het geschil afhing van de uitlegging van de richtlijn, stelde het het Hof de navolgende prejudiciële vragen:

„1) Kunnen de schoonmaakwerkzaamheden in bepaalde onderdelen van een vestiging die na beëindiging van de overdracht krachtens overeenkomst aan een derde onderneming weer door de ondernemer zelf worden uitgevoerd, worden aangemerkt als een onderdeel van een vestiging in de zin van richtlijn 77/187/EEG?

2) Geldt dit ook, wanneer deze schoonmaakwerkzaamheden in bepaalde onderdelen van een vestiging na de overdracht aan de ondernemer opnieuw deel uitmaken van de schoonmaakwerkzaamheden in de gehele vestiging?"

3) Zaak C-74/97 (Gómez Montaña)

24. De Red Nacional de Ferrocarriles Españoles (Spaanse nationale spoorwegen; hierna: „Renfe") had voor de periode van 16 oktober 1995 tot en met 15 oktober 1996 met het schoonmaakbedrijf Claro Sol SA (hierna: „Claro Sol") een overeenkomst gesloten voor de schoonmaak en het onderhoud van het station te Pontevedra.

25. Na deze opdracht te hebben verkregen, nam Claro Sol M. Gómez Montaña in dienst. Zij belastte haar met de schoonmaak en het onderhoud van dit station.

26. Daarvóór was Gómez Montaña verschillende jaren in dienst geweest van de schoonmaakbedrijven die de voorganger van Claro Sol waren.

27. Na afloop van de overeengekomen periode besloot Renfe het contract met Claro Sol niet te verlengen en het station te Pontevedra voortaan zelf te gaan schoonhouden en onderhouden.

28. Op 1 oktober 1996 deelde Claro Sol Gómez Montaña mee, dat haar arbeidsverhouding op 15 oktober 1996, de datum waarop het contract tussen Renfe en Claro Sol afliep, zou worden beëindigd.

29. Gómez Montaña stelde daarop tegen Claro Sol en Renfe [10] bij de Juzgado de lo Social n° 5 de Pontevedra beroep in wegens onwettig ontslag.

30. Volgens de nationale rechter neigt de rechtspraak in dit soort zaken ertoe, artikel 44 van het Estatuto de los Trabajadores niet van toepassing te verklaren, op grond dat er sprake is van beëindiging van een onderaannemingsovereenkomst voor werkzaamheden of diensten in de zin van artikel 42 van voormeld Estatuto. [11]

31. Omdat de Juzgado de lo Social n° 1 de Pontevedra van oordeel was, dat de oplossing van het geschil afhing van de uitlegging van de richtlijn, heeft hij het Hof de navolgende prejudiciële vragen gesteld:

„Valt de beëindiging van een uitbestedingsovereenkomst met een schoonmaakbedrijf, die ertoe leidt dat een werkneemster van de opdrachtnemer wordt ontslagen en de opdrachtgever, een spoorwegonderneming, de schoonmaakwerkzaamheden door zijn eigen werknemers laat uitvoeren, binnen de werkingssfeer van richtlijn 77/187/EEG van 14 februari 1977?"

B — *Gevoegde zaken C-173/96 en C-247/96*

1) Zaak C-173/96 (Sánchez Hidalgo)

32. De gemeente Guadalajara had de thuishulp aan hulpbehoevenden uitbesteed aan de Sociedad Cooperativa Minerva (hierna: „Minerva"), die hiertoe sinds enkele jaren F. Sánchez Hidalgo en vier andere werkneemsters als thuishulpmedewerker in dienst had.

33. Na afloop van de uitbestedingsovereenkomst besteedde de gemeente Guadalajara de betrokken dienstverlening per 1 september 1994 uit aan de Asociación de Servicios al Minusválido, Aser (hierna: „Aser").

10 — Artikel 6, lid 1, van de Texto Final del XIV Convenio Colectivo de „Contratas Ferroviarias 1994" (*BOE* van 25 januari 1995, nr. 21, punt 217) bepaalt, dat de nieuwe onderneming, die de plaats inneemt van de vorige opdrachtnemer, het personeel van de bij de overgang betrokken vestiging overneemt en wordt gesubrogeerd in de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de bestaande arbeidsverhouding. Krachtens artikel 23, lid 1, van de Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Pontevedra (collectieve arbeidsovereenkomst in de sector schoonmaak van gebouwen en bedrijfsruimten in de provincie Pontevedra, *Informacion Laboral 1996*, nr. 4090, blz. 8586), komen de werknemers van de uittredende onderneming na afloop van het schoonmaakcontract in dienst van de nieuwe opdrachtnemer, die wordt gesubrogeerd in de rechten en verplichtingen van de vorige werkgever, voor zover aan een van de in deze bepaling genoemde voorwaarden is voldaan. Volgens lid 3 vindt geen subrogatie plaats, wanneer de opdrachtnemer voor het eerst met de schoonmaakwerkzaamheden wordt belast en hij geen onderhoudscontract heeft gesloten.

11 — Artikel 42 van het Estatuto bepaalt ten aanzien van de afloop van aannemings- of dienstverleningsovereenkomsten, dat „de hoofdaannemer (...) gedurende een jaar na voltooiing van de aan de onderaannemers gegunde opdracht hoofdelijk aansprakelijk is voor de loonverplichtingen van de onderaannemers jegens hun werknemers en voor de sociale premies waartoe de onderaannemers zich jegens hun werknemers hebben verbonden voor de duur van het contract, met dien verstande dat hij niet méér verschuldigd kan zijn dan ingeval het zijn vast personeel van dezelfde categorie of met dezelfde functie betrof".

34. Aser sloot met Sánchez Hidalgo en de andere vier personen een nieuwe overeenkomst op basis van deeltijdarbeid, doch zonder erkenning van de anciënniteit die zij bij hun vorige werkgever hadden opgebouwd.

35. Omdat de vijf werkneemster het buiten beschouwing laten van hun anciënniteit in strijd achtten met artikel 44 van het Estatuto de los Trabajadores, stelden zij bij de Juzgado de lo Social de Guadalajara een vordering in teneinde te doen vaststellen, dat er sprake was van subrogatie in de verhouding tussen Minerva en Aser.

36. De Juzgado de lo Social de Guadalajara wees hun vordering bij vonnis van 6 juli 1995 af, omdat volgens hem niet was voldaan aan de voorwaarden voor een overgang van een onderneming in de zin van de nationale wetgeving.

37. Sánchez Hidalgo en de vier andere werkneemsters gingen van dit vonnis in hoger beroep bij het Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

38. In zijn verwijzingsbeschikking wijst de nationale rechter erop, dat volgens de rechtspraak van het Tribunal Supremo [12] de in artikel 44 van het Estatuto de los Trabajadores bedoelde bescherming van werknemers enkel van toepassing is, wanneer aan een van de volgende voorwaarden is voldaan: a) er is sprake van een overdracht van materiële activa van de oude op de nieuwe onderneming [13]; b) de toepasselijke regeling in de sector (momenteel is dit uitsluitend de collectieve arbeidsovereenkomst) voorziet hierin; c) de uitbestedingsvoorwaarden voor de nieuwe opdracht schrijven dit uitdrukkelijk voor. Volgens de nationale rechter is in casu aan geen van deze voorwaarden voldaan.

39. De verwijzingsrechter merkt op dat, ofschoon er geen wezenlijk verschil lijkt te bestaan tussen de formulering van beide (communautaire en nationale) bepalingen met betrekking tot de werkingssfeer van de communautaire harmonisatiebepaling en van het voorschrift van nationaal recht waarbij deze is uitgevoerd, de uitlegging die daaraan door de rechters in de Spaanse rechtsorde en door het Hof op communautair gebied wordt gegeven, wel degelijk lijkt te verschillen wat betreft de toepassing van deze bepalingen op gevallen als het onderhavige, waarin sprake is van de achtereenvolgende gunning van een opdracht door middel van verschillende contracten aan verschillende ondernemingen voor het verrichten van een dienst voor rekening van een onderneming, ongeacht of dit een openbare — hetgeen in de praktijk veelvuldig voorkomt — of een particuliere onderneming is.

12 — Arrest van het Tribunal Supremo van 14 december 1994.

13 — De verwijzende rechter preciseert, dat de wettelijke bescherming die is voorzien in geval van bedrijfsopvolging, niet van toepassing is indien er enkel sprake is van een verandering van de opdrachtnemer die met de uitoefening van een activiteit is belast, zonder dat deze wijziging vergezeld gaat van een overdracht van bedrijfsmiddelen.

40. De twijfel van de nationale rechter vloeit voort uit het feit dat volgens hem het Hof de richtlijn ook toepasselijk acht, wanneer er alleen sprake is van opvolging in de uitoefening van een activiteit, ongeacht de overdracht van materiële activa. [14]

41. Van oordeel dat de oplossing van het geschil afhing van de uitlegging van de richtlijn, heeft het Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Sociale Kamer) het Hof de navolgende prejudiciële vraag gesteld:

„Moet artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 van 14 februari 1977 aldus worden uitgelegd, dat daaronder ook valt het geval waarin een onderneming de dienstverlening voor thuishulp aan bepaalde hulpbehoevenden, die de gemeente aan haar had uitbesteed, beëindigt en deze dienstverlening vervolgens wordt uitbesteed aan een andere onderneming, terwijl er geen materiële elementen worden overgedragen en in de collectieve arbeidsovereenkomst of de uitbestedingsvoorwaarden niets wordt gezegd over de verplichting van de nieuwe onderneming tot subrogatie in de arbeidsverhouding met de werknemers van de oude onderneming?"

14 — De nationale rechter verwijst met name naar de arresten van 10 februari 1988, Daddy's Dance Hall (324/86, Jurispr. blz. 739); 19 mei 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189), en 14 april 1994, Schmidt (C-392/92, Jurispr. blz. I-1311).

2) Zaak C-247/96 (Ziemann)

42. H. Ziemann werkte van 1979 tot 1995 ononderbroken als bewaker in een depot voor verplegingsmiddelen van het Duitse leger (Bundeswehr) te Efringen-Kirchen. In die periode was hij beurtelings in dienst van de vijf bewakingsfirma's die achtereenvolgens met de bewaking van dit depot waren belast. In laatste instantie, van 1990 tot 1995, werd deze activiteit verricht door Ziemann Sicherheit GmbH (hierna: „Ziemann GmbH").

43. Op 30 september 1995 beëindigde de Bundeswehr de overeenkomst met Ziemann GmbH en gunde zij de betrokken opdracht, na een nieuwe aanbesteding, aan Horst Bohn Sicherheitsdienst (hierna: „Horst Bohn").

44. Laatstgenoemde onderneming nam het personeel van Ziemann GmbH, dat met de bewaking van dit depot belast was, over, met uitzondering van drie werknemers, waaronder Ziemann.

45. Ziemann GmbH, die circa 160 werknemers in dienst heeft voor de bewaking van andere vestigingen, waarvan een groot aantal zich ver van het depot te Efringen-Kirchen

bevindt, beëindigde de arbeidsovereenkomst van Ziemann met ingang van 30 september 1995.

46. Op 9 oktober 1995 stelde Ziemann bij het Arbeitsgericht Lörrach beroep in om zijn ontslag onwettig te doen verklaren. Daartoe stelde hij, dat de beëindiging van de bewakingsopdracht voor het depot voor verplegingsmiddelen van de Bundeswehr te Efringen-Kirchen en de gunning van deze opdracht aan Horst Bohn moesten worden beschouwd als de overgang van een onderdeel van een vestiging in de zin van § 613a, lid 1, van het BGB en richtlijn 77/187; Ziemann GmbH zou hem in strijd met § 613a, lid 4, van het BGB om met deze overgang verband houdende redenen hebben ontslagen.

47. Ziemann GmbH en Horst Bohn stellen van hun kant, dat er in casu geen sprake kan zijn van een overgang van een vestiging, omdat zij geen onderlinge rechtsbetrekkingen hadden.

48. Volgens de verwijzende rechter volgt uit de rechtspraak van het Hof, in het bijzonder het arrest Schmidt [15], dat de richtlijn van toepassing is wanneer, zoals in casu, een onderneming een activiteit voortzet of hervat die tot dan toe door een andere onderneming werd verricht. De omstandigheid dat de onderhavige zaak betrekking heeft op een opvolging van bedrijven waaraan achtereenvolgens dezelfde opdracht wordt gegund, terwijl het in de zaak Schmidt ging om een bankfiliaal dat het schoonhouden van zijn lokalen voor het eerst aan een andere onderneming uitbesteedde, acht deze rechter niet van beslissend belang.

49. In zijn beschikking beklemtoont de nationale rechter, dat de verschillende ondernemingen die elkaar hebben opgevolgd bij de bewaking van het depot voor verplegingsmiddelen te Efringen-Kirchen, precies dezelfde activiteit hebben verricht.

50. Meer concreet merkt de verwijzende rechter op, dat elk contract tussen de Bundeswehr, die het depot voor verplegingsmiddelen beheert, en de bewakingsfirma vooraf in detail wordt opgesteld door de bevoegde diensten van de Bundeswehr en voorwerp vormt van een aanbestedingsprocedure. De bekendmaking van de aanbesteding bevat een zeer nauwkeurige vermelding, aan de hand van de inhoud en formulering van het voorgeschreven contract, van de bewakingsopdracht, de taakomschrijving, het aantal bewakers en honden, de eisen waaraan het bewakingspersoneel moet voldoen [16], de kwalificaties van het personeel, de uitrusting, de instructies, de controles en het wapenonderricht.

51. De verwijzende rechter preciseert voorts, dat de opdracht wordt uitgevoerd overeen-

15 — Aangehaald in voetnoot 14.

16 — Het betreft hier § 2 van de bewakingsopdracht van 2 januari 1990, die in de verwijzingsbeschikking wordt genoemd.

komstig de door de Bundeswehr geformuleerde voorwaarden en in overeenstemming met een specifieke wettelijke regeling, te weten het Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und Zivile Wachpersonen [17] van 12 augustus 1965 (hierna: „UZwGBw").

52. De nationale rechter wijst er tot slot op, dat de contractuele betrekkingen tussen werknemers en hun werkgever niet alleen in hoge mate worden geregeld door de bepalingen van het UZwGBw en de voorwaarden van het dienstverleningscontract, doch ook, en zulks ongeacht de werkgever van het bewakingspersoneel, door de bedingen van de kadercollectieve arbeidsovereenkomst en van de algemeen verbindend verklaarde collectieve afspraken in de bewakingssector.

53. Bijgevolg neigt de verwijzende rechter tot de opvatting, dat het wel degelijk om een onderdeel van een vestiging van de Bundeswehr gaat, namelijk de „bewaking". Voorts overweegt hij nog dat, gelet op de omschrijving van de opdracht door de Bundeswehr, de identiteit van plaats en middelen en het sinds jaren gelijk gebleven personeel, de betrokken „economische eenheid" haar identiteit behoudt, ook al berust het beheer ervan telkens bij een andere werkgever.

17 — *Bundesgesetzblatt* I, blz. 796.

54. Van oordeel dat de oplossing van het aan hem voorgelegde geschil afhing van de uitlegging van de richtlijn, heeft het Arbeitsgericht Lörrach het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Is artikel 1, lid 1, en daarmee ook artikel 4, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad (PB L 61, blz. 26) ook van toepassing op de overgang van onderdelen van een vestiging, zoals de bewaking van een militaire inrichting, wanneer tussen de opeenvolgende opdrachtnemers (bewakingsfirma's) geen rechtstreekse overdracht krachtens overeenkomst plaatsvindt?

2) Geldt dit in ieder geval, wanneer het onderdeel van een vestiging na beëindiging van de opdracht weer aan de opdrachtgever toekomt en onmiddellijk daarna met een volgende opdrachtnemer een dienstverleningscontract met in wezen dezelfde standaardvoorwaarden wordt gesloten?

3) Is er in ieder geval sprake van een overgang van een vestiging in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad, wanneer in wezen steeds dezelfde werknemers dezelfde bewakingstaken uitvoeren onder in wezen gelijke voorwaarden die grotendeels door de opdrachtgever worden bepaald?"

V — Beantwoording van de prejudiciële vragen

A — *De noodzaak tot beantwoording van de prejudiciële vragen*

55. Ik wil allereerst onderstrepen, dat het merendeel van de gestelde vragen — met uitzondering van de vraag betreffende het begrip overdraagbare economische eenheid, die in de zaak Ziemann is gesteld — kan worden beantwoord aan de hand van de rechtspraak van het Hof, inzonderheid het arrest Süzen. [18] Mijns inziens verschaft dat arrest de nationale rechters gedetailleerde aanwijzingen over zowel de te hanteren criteria als het daaraan toe te kennen gewicht. Desalniettemin hebben de nationale rechters aangedrongen op beantwoording van de prejudiciële vragen, met een beroep op de bijzondere kenmerken van de feiten van elk geding, met name de modaliteiten van elke afzonderlijke overgang.

56. Aangezien de rechtspraak van het Hof een antwoord bevat op de meeste van de in casu gestelde vragen, zijn de nationale rechters volgens mij gebaat bij algemene antwoorden die hen de uitleggingsgegevens verschaffen ter beslechting van de aan hen voorgelegde geschillen, met behulp waarvan zij vervolgens tot kwalificatie van de feiten kunnen overgaan; het is namelijk niet aan het Hof zelf om de feiten te kwalificeren. Indien het Hof dit wel deed, zou het zich verwijderen van zijn ware taak, zoals omschreven in artikel 177 EG-Verdrag, en zou de rol van de nationale rechter als rechter van het gemene recht in de communautaire rechtsorde aan belang inboeten. In overeenstemming met artikel 177 namelijk „heeft het Hof duidelijk nooit getracht volledig de plaats van de nationale rechter in te nemen en pleegt het de beslissing op bepaalde punten aan de nationale rechter over te laten". [19]

B — *De rechtspraak van het Hof*

57. Op voorhand zij opgemerkt, dat — overeenkomstig artikel 100 EG-Verdrag, dat de rechtsgrond van deze richtlijn vormt — het enige criterium ter beantwoording van de vraag of een activiteit binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt is, of die activiteit een economische activiteit in de zin van arti-

18 — Aangehaald in voetnoot 2.

19 — Aldus advocaat-generaal Jacobs in zijn conclusie bij het arrest van 20 november 1997, Wiener SI (C-338/95, Jurispr. blz. I-6495, punt 45), waar hij bovendien meer in het algemeen vragen opwierp met betrekking tot een passende taakverdeling tussen het Hof en de nationale rechters en met betrekking tot de zelfbeperking die het Hof moet betrachten door zijn aandacht uitsluitend te beperken tot de belangrijke gemeenschapsrechtelijke vraagstukken (punt 8 e. v.); overigens heeft het Hof zich niet bij dit standpunt aangesloten. Jacobs vervolgde evenwel (punt 45): „Wanneer het aan het Hof vrijstaat, vragen te herformuleren en in sommige gevallen een antwoord te geven dat aanzienlijk van de formulering van de gestelde vraag afwijkt om de betrokken gemeenschapsrechtelijke aspecten beter te belichten, dan moet het Hof naar mijn oordeel ook bevoegd zijn om zelfbeperking te betrachten en zich tot meer algemene uitleggingsvragen te beperken."

kel 2 EG-Verdrag is. [20] Het lijdt geen enkele twijfel, dat werkzaamheden bestaande in het schoonhouden, het onderhouden [21] en bewaken van verschillende lokalen, evenals de verlening van thuiszorg aan hulpbehoevenden, voorbeelden van dergelijke economische activiteiten zijn.

58. Voorts zij eraan herinnerd, dat richtlijn 77/187 volgens vaste rechtspraak van het Hof [22] beoogt „te verzekeren, dat de werknemers, in geval van wijziging in de persoon van het hoofd van de onderneming, hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven. De richtlijn is dus van toepassing telkens wanneer in het kader van de contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming."

59. Het Hof heeft bovendien herhaaldelijk geoordeeld [23]: „Voor de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn is het beslissende criterium, of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft, wat met name blijkt doordat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat."

60. Volgens de hierboven aangehaalde rechtspraak moet aan twee fundamentele voorwaarden zijn voldaan, wil men van een overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan kunnen spreken: a) de onderneming, vestiging of onderdeel daarvan moet van meet af aan een economische eenheid vormen, en b) deze eenheid moet blijven voortbestaan, met behoud van haar identiteit, na de verandering van eigenaar.

61. Bovendien is herhaaldelijk beslist [24], dat „de richtlijn van toepassing [is] telkens wanneer in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en die als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming. Voor de toepasselijkheid van de richtlijn is het derhalve niet noodzakelijk dat er rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de vervreemder en de verkrijger bestaan: de overgang kan ook *in twee fasen geschieden via een derde*, bijvoorbeeld de eigenaar of verhuurder" (cursivering van mij).

20 — Het begrip „economische activiteit" in de zin van artikel 2 van het Verdrag omvat alle in loondienst verrichte arbeid en tegen beloning verrichte diensten; zie, bijvoorbeeld, arrest van 5 oktober 1988, Steymann (196/87, Jurispr. blz. 6159, punt 10), en het oudere arrest van 14 juli 1976, Donà (13/76, Jurispr. blz. 1333, punt 12).

21 — Bijvoorbeeld van de fotokopieerapparaten, liften en elektrische apparaten van een onderneming.

22 — Zie arrest van 15 juni 1988, Bork International e. a. (101/87, Jurispr. blz. 3057, punt 13). Zie ook arresten van 5 mei 1988, Berg en Busschers (144/87 en 145/87, Jurispr. blz. 2559, punt 12), en 14 november 1996, Rotsart de Hertaing (C-305/94, Jurispr. blz. I-5927, punt 16).

23 — Zie arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 2, punt 10), en arresten van 18 maart 1986, Spijkers (24/85, Jurispr. blz. 1119, punten 11 en 12), en, het meest recent, 7 maart 1996, Merckx en Neuhuys (C-171/94 en C-172/94, Jurispr. blz. I-1253, punt 16).

24 — Zie, bijvoorbeeld, arresten Süzen (punt 12), en Merckx en Neuhuys (punt 28).

62. Uit 's Hofs rechtspraak volgt dus duidelijk, dat de omstandigheden waaronder de overgang plaatsvindt irrelevant zijn en dat de richtlijn van toepassing is telkens wanneer in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming. [25] Anders geformuleerd, wanneer er vooraf reeds een economische eenheid bestaat en deze haar identiteit na de overgang behoudt, zijn de modaliteiten van deze overgang slechts van ondergeschikt belang. [26]

63. De richtlijn geeft echter geen definitie van de begrippen „onderneming", „vestiging" en „onderdeel van een vestiging". In zijn rechtspraak verschaft het Hof een aantal criteria om vast te stellen, wanneer er sprake is van „onderneming", „vestiging" en „onderdeel van een vestiging", en wanneer men van een „overdracht krachtens overeenkomst", of onder welke voorwaarden men van „overgang" kan spreken.

64. Opmerking verdient, dat advocaat-generaal Van Gerven in zijn conclusie bij het arrest Schmidt [27] heeft onderstreept, dat „het Hof in de drie begrippen ‚onderneming', ‚vestiging' of ‚onderdeel van een vestiging', een onderliggend begrip erkent, namelijk dat van een ‚economische eenheid' (...), begrippen die mijns inziens verwijzen naar een minimum van *organisatorisch zelfstandige* eenheid, die op zichzelf kan bestaan dan wel onderdeel vormen van een meer globale onderneming".

65. Het Hof is evenwel van oordeel [28], dat „de richtlijn slechts van toepassing [kan] zijn, indien de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische entiteit waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt (...) Het begrip entiteit verwijst dus naar een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend." [29]

66. Naar mijn mening moet het Hof verduidelijken, dat het begrip economische eenheid niet uitsluitend betrekking heeft op een georganiseerd geheel van *zowel* personen *als* activa, omdat anders hele economische sectoren waar arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, terwijl de materiële of immateriële elementen te verwaarlozen zijn, van de bescherming van de richtlijn zouden worden uitgesloten.

67. Wat dus het eerste door het Hof geformuleerde criterium betreft, te weten wanneer er sprake is van een onderdeel van een vestiging of een vestiging, moet mijns inziens rekening worden gehouden met de bijzondere aard van de economische activiteit die in

25 — Zie, bijvoorbeeld, de hierboven aangehaalde arresten Merckx en Neuhuys (voetnoot 23) en Süzen (voetnoot 2).

26 — In het arrest van 17 november 1987, Ny Mølle Kro (287/86, Jurispr. blz. 5465, punt 14 en vooral punt 15) is bijvoorbeeld uitgemaakt, dat de richtlijn van toepassing is, wanneer de eigenaar de exploitatie van een verpachte onderneming weer in eigen hand neemt op grond van wanprestatie van de pachter.

27 — Punt 13.

28 — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 19 september 1995, Rygaard (C-48/94, Jurispr. blz. I-2745, punten 20 en 21), en arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 2, punt 13).

29 — Vermeldenswaard is, dat richtlijn 98/50 in artikel 1, lid 1, sub b, bepaalt, dat onder overgang in de zin van de richtlijn wordt verstaan „de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan".

elk concreet geval wordt uitgeoefend, zoals het schoonhouden van bepaalde vestigingen. In beginsel en tenzij de omstandigheden op het tegendeel duiden, gaat het om activiteiten waarbij de factor arbeid het voornaamste element is, terwijl de materiële factoren (gereedschap, etc.) er overduidelijk minder toe doen, zoals de Commissie terecht opmerkt.

68. Er zijn dus bepaalde activiteiten waar de overgang gepaard gaat met een amper waarneembare overdracht van materiële activa. Het essentiële en omzetbepalende van deze ondernemingen is het *lage opleidingsniveau* van het personeel. Met name schoonmaakdiensten vallen duidelijk onder deze categorie.

69. Bijgevolg belet de omstandigheid, dat een bedrijf dat schoonmaakdiensten levert geen concrete activa van materiële aard (gebouwen, technische instrumenten, etc.) of van immateriële aard (ervaring, reputatie, klantenkring, etc.) heeft, of het feit dat de door de opdrachtgever ter beschikking van de opdrachtnemer gestelde middelen van zeer geringe betekenis zijn [30], niet dat deze diensten een onafhankelijke, georganiseerde economische eenheid vormen. Anders zouden namelijk hele categorieën ondernemingen met voornoemde kenmerken de bescherming van de richtlijn moeten ontberen, waardoor deze bescherming in wezen zou worden ontzegd aan de werknemers van deze ondernemingen die daaraan het meest behoefte hebben, alleen omdat er geen wezenlijke materiële of immateriële productiefactoren aanwezig zijn.

70. Mitsdien dient volgens mij duidelijk te worden gesteld, dat in bepaalde sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, het criterium van een groep werknemers, in de zin van een geheel van werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verrichten [31], van doorslaggevend belang is. [32] Dit betekent, dat een georganiseerd geheel van werknemers die gedurende een periode van meerdere jaren op dezelfde arbeidsplaats een gemeenschappelijke activiteit verrichten, dat wil zeggen hetzelfde doel nastreven, ook een economische eenheid kan vormen en dus binnen de werkingssfeer van de richtlijn kan vallen, wanneer er geen wezenlijke andere (materiële of immateriële) productiefactoren zijn.

71. Overigens volgt dit indirect uit het arrest Süzen [33], waarin het Hof overwoog: „Waar in het bijzonder een economische entiteit in bepaalde sectoren zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, kan het behoud van de identiteit van een dergelijke entiteit na de haar betreffende transactie per definitie niet afhangen van de overdracht van dergelijke activa."

30 — Bijvoorbeeld het gebruik van elektriciteit door de opdrachtnemer en het daarmee gepaard gaande energieverbruik, het gebruik van de verwarming en de koelkasten van de opdrachtgever op de locaties waar de schoonmaak- of onderhoudswerkzaamheden worden verricht, etc.

31 — Arrest Süzen, punt 21.

32 — Zie, in deze zin, V. Shrubsall, „Competitive tendering, Outsourcing and the Acquired Rights Directive", welk artikel is verschenen in het tijdschrift *The Modern Law Review*, 1998 (blz. 85-92), op blz. 88.

33 — Punt 18.

72. Bovendien is het vaste rechtspraak van het Hof, dat de vraag of de richtlijn *daadwerkelijk* moet worden toegepast, moet worden beantwoord door de verwijzende rechter, die daartoe de feitelijke omstandigheden in aanmerking heeft te nemen die het Hof in punt 13 van het arrest Spijkers heeft opgesomd: „Om vast te stellen of aan deze voorwaarden is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts *deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek* en mogen daarom niet elke afzonderlijk worden beoordeeld" [34] (cursivering van mij).

73. De hierboven aangehaalde rechtspraak toont duidelijk aan, dat het enkele feit dat de door de oude en de nieuwe opdrachtnemer verleende diensten met elkaar overeenkomen, op zich niet de conclusie wettigt, dat er sprake is van overdracht van een economische eenheid. Dienaangaande heeft het Hof met name in het arrest Süzen het volgende overwogen [35]: „Een entiteit kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt eveneens uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen." [36]

74. Wanneer bijvoorbeeld het gehele schoonmaakbedrijf wordt overgedragen, betekent dit

34 — Zie ook arrest Redmond Stichting (aangehaald in voetnoot 14, punt 24); arrest van 12 november 1992, Watson Rask en Christensen (C-209/91, Jurispr. blz. I-5755, punt 20), en arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 2, punt 14).

35 — Punt 15.

36 — In het arrest Schmidt (punt 17) heeft het Hof herinnerd aan zijn vaste rechtspraak (arresten Spijkers, punt 11, en Redmond Stichting, punt 23) volgens welke „het behoud van die identiteit *met name* [blijkt] uit het daadwerkelijk voortzetten of hervatten van dezelfde of soortgelijke activiteiten door de nieuwe ondernemer" (cursivering van mij). Het concludeerde derhalve, dat in het hoofdgeding, waarover de verwijzingsbeschikking alle nuttige gegevens verschafte, „de gelijke aard van de vóór en na de overdracht verrichte schoonmaakwerkzaamheden, die overigens blijkt uit het aanbod om het dienstverband van de betrokken werknemer over te nemen, een kenmerkend element [is] voor een verrichting die onder de werkingssfeer van de richtlijn valt en die de werknemer wiens werkzaamheid is overgedragen, de door de richtlijn geboden bescherming geeft". Niettemin duidt het door het Hof gehanteerde begrip „met name" er volgens mij op, dat de voortzetting van een economische activiteit niet het enige beslissende criterium is om vast te stellen, of er sprake is van een overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan, en dat ook andere feitelijke elementen in aanmerking moeten worden genomen. In voornoemde zaak betrok het Hof bij zijn beoordeling ook het aanbod dat was gedaan om de enige werkneemster van het betrokken onderdeel van de vestiging over te nemen. In het arrest Süzen (punt 21) bevestigde het Hof het belang van dit element, zij het in combinatie met een reeks andere elementen. Zie, voor de scherpe kritiek die op het arrest Schmidt is geuit, onder meer J. Déprez, „Transfert d'entreprise. La notion de transfert d'entreprise au sens de la directive européenne du 14 février 1977 et de l'article L 122-12, alinéa 2 du code du travail: jurisprudence française et communautaire", verschenen in *RJS*, 5/95, blz. 315-321. Zie ook Dr Manfred Zuleeg: „Ist der Standard des deutschen Arbeitsrechts durch europäische Rechtsprechung bedroht? Bemerkungen zum Urteil Christel Schmidt des Europäischen Gerichtshofs", in *Das Arbeitsrecht der Gegenwart*, blz. 41-54, en Dr Bernd Waas: „Betriebsübergang durch ‚Funktionsnachfolge'?", in *EuZW* 17/94, blz. 528-532.
Vermeldenswaard is, dat de Commissie, kort na het arrest Schmidt en naar aanleiding van de negatieve reacties daarop, in haar voorstel tot een richtlijn (94/C 274/08) COM(94) 300 def. — 94/0203 (CNS) (PB 1994, C 274, blz. 10) tot wijziging van richtlijn 77/187 een bepaling heeft opgenomen (artikel 1, lid 1, tweede alinea) luidens welke: „Wordt als overgang in de zin van deze richtlijn beschouwd de overgang van een functie die gepaard gaat met de overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. De enkele overgang van een functie van een onderneming, vestiging of onderdeel ervan, al dan niet rechtstreeks uitgeoefend, vormt op zich geen overgang in de zin van deze richtlijn." Dit voorstel stuitte op felle kritiek bij zowel het Parlement (PB 1997, C 33, blz. 81), dat deze alinea heeft geschrapt bij amendement 4, als eerder bij het Comité van de Regio's (PB 1996, C 100, blz. 25, punt 1.1) en het Economisch en Sociaal Comité (PB 1995, C 133, blz. 13, punten 1.2.3 en 1.3); uiteindelijk is het niet overgenomen in de tekst van richtlijn 98/50.

dat alle werknemers mee overgaan. Daarnaast bestaan de voornaamste activa uit het opdrachtenbestand, de klantengegevens, de taakverdeling van het personeel, etc. In dit geval rijst er beslist geen vraag over de uitlegging en de toepassing van de bepalingen van de richtlijn. Een dergelijke vraag rijst echter wel, wanneer de overgang en meer concreet het verlies aan een concurrent van een opdracht voor het schoonhouden van een of meer vestigingen slechts één klant betreft, bijvoorbeeld voor het schoonhouden van één vestiging van een onderneming.

75. Het Hof heeft in het arrest Süzen beslist [37]: „Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent kan als zodanig niet een aanwijzing voor een overgang in de zin van de richtlijn zijn. De onderneming waaraan de dienst voordien was opgedragen, verliest weliswaar een cliënt, maar blijft niettemin in haar volle omvang voortbestaan, zonder dat er sprake is van een overgang van één van haar vestigingen of onderdelen daarvan op de nieuwe opdrachtnemer."

76. In hetzelfde arrest [38] heeft het Hof onderstreept: „Bovendien is de overdracht van activa weliswaar één van de criteria waarmee de nationale rechter rekening moet houden bij de beoordeling of een onderneming daadwerkelijk is overgedragen, doch dit wil niet zeggen, dat er zonder overdracht van activa geen overdracht is (...)"

77. Verderop in dit arrest [39] herinnerde het Hof eraan, dat „de nationale rechter bij de beoordeling van de feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, onder meer rekening [moet] houden met de aard van de betrokken onderneming of vestiging. Het belang dat moet worden gehecht aan de diverse criteria die bepalen of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn, verschilt noodzakelijkerwijs naar gelang van de uitgeoefende activiteit, en zelfs van de productiewijze of de bedrijfsvoering in de betrokken onderneming of vestiging of een onderdeel daarvan. Waar in het bijzonder een economische entiteit in bepaalde sectoren zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, kan het behoud van de identiteit van een dergelijke entiteit na de haar betreffende transactie per definitie niet afhangen van de overdracht van dergelijke activa."

78. In dit stadium dient volgens mij te worden gewezen op de onzekerheid die in theorie en in de praktijk ontstaat indien de vrijwillige overname door de nieuwe opdrachtnemer van de meerderheid van de werknemers die zijn voorganger met de uitvoering van het contract had belast, het criterium wordt om te beoordelen of de eenheid, gevormd door de vorige aannemer van de dienstverleningsopdrachten, in bepaalde omstandigheden geacht wordt te zijn overgedragen in de zin van de richtlijn.

37 — Punt 16.

38 — Punt 17. Zie ook arresten Schmidt (punt 16), en Merckx en Neuhuys (punt 21), aangehaald in voetnoot 14, respectievelijk 23.

39 — Punt 18.

79. Dienaangaande bracht het Hof in het arrest Süzen [40] het volgende in herinnering: „Tot de feitelijke omstandigheden die in aanmerking moeten worden genomen om te bepalen, of aan de voorwaarden voor een overdracht is voldaan, behoren, zoals gezegd, niet alleen de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten overeenkomen of de aard van de betrokken onderneming of vestiging, maar ook het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe opdrachtnemer." Het voegde hieraan toe [41]: „Voor zover in bepaalde sectoren, waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische entiteit kan vormen, moet evenwel worden erkend dat een dergelijke entiteit haar identiteit ook na de overdracht kan behouden, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk — in de formulering van het arrest Rygaard (reeds aangehaald, punt 21) — het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet."

80. Toepassing van dit criterium leidt mijns inziens echter tot enige onzekerheid. Indien immers bijzonder belang moest worden toegekend aan de vraag, of de opdrachtnemer of de aannemer het personeel van de opdrachtgever of de uitbesteder heeft willen overnemen, om daaruit te kunnen afleiden of er al dan niet sprake is van een overgang, zou de door de richtlijn geboden bescherming in wezen afhangen van de wil van partijen. Sommigen zouden tot de slotsom kunnen komen, dat dit geen beslissend criterium kan zijn voor de door de richtlijn geboden bescherming, zoals sommige lidstaten terecht in hun schriftelijke opmerkingen beklemtonen, omdat aldus het gevolg van de toepassing van de richtlijn een voorwaarde voor de toepassing ervan zou worden. [42] Men zou kunnen betogen, dat dit onlogische resultaat, deze vicieuze cirkel, duidelijk in tegenspraak is met de bedoeling van de communautaire wetgever, die de werknemers wil beschermen in geval van verandering van eigenaar van de onderneming, de vestiging of een onderdeel ervan door een overgang ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie. Ook mogen de ongunstige gevolgen voor de werknemers niet worden miskend, indien de overname van het personeel tot basiscriterium voor de toepassing van de richtlijn [43] zou worden verheven.

81. Met andere woorden, ik bespeur een zekere tegenstelling tussen enerzijds de gedachte om de overname van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer als criterium te hanteren voor de toepassing van de beschermende bepalingen van de richtlijn, en anderzijds het doel van die bepalingen, de bescherming van werknemers in geval van overgang van de onderneming.

40 — Punt 20. Zie ook arrest Spijkers (aangehaald in voetnoot 23, punt 13).

41 — Punt 21.

42 — Zie in deze zin bijvoorbeeld, P. Pochet, „CJCE: l'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique", in *Droit social*, november 1994 (blz. 931-935), op blz. 934, waar zij juist de term „petitio principii" bezigt. Zie ook de analyse op dit punt van V. Shrubsall, op. cit., blz. 87.

43 — Hoe dan ook blijft het altijd de vraag, wie de schadevergoeding in geval van ontslag betaalt.

82. In het arrest Rotsart de Hertaing [44] — dat weliswaar betrekking had op de uitlegging van artikel 3, lid 1, van de richtlijn — wist het Hof deze hindernis echter te omzeilen en besliste het onder verwijzing naar zijn eerdere rechtspraak [45], dat „bij overgang van een onderneming de arbeidsovereenkomst of -verhouding van het bij de overgedragen onderneming tewerkgestelde personeel met de vervreemder niet in stand kan blijven, maar van rechtswege wordt voortgezet met de verkrijger". [46] Het kwam tot de conclusie, dat „de arbeidsovereenkomsten en arbeidsverhoudingen die op het tijdstip van overgang van de onderneming tussen de vervreemder en de werknemers van de overgedragen onderneming bestaan, door het enkele feit van de overgang van rechtswege worden overgedragen op de verkrijger". [47] In hetzelfde arrest vervolgde het Hof [48], dat „vanwege het dwingende karakter van de door de richtlijn ingevoerde bescherming en omdat anders de werknemers deze bescherming in feite zou worden ontnomen, de overgang van de arbeidsovereenkomsten niet afhankelijk kan zijn van de wil van de vervreemder of van de verkrijger en, met name, dat de verkrijger zich daartegen niet kan verzetten door te weigeren zijn verplichtingen na te komen".

83. De in casu onderzochte geschillen kenmerken zich daardoor, dat zij betrekking hebben op ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan waar de menselijke factor, de arbeidskrachten, het voornaamste element vormt, terwijl de materiële of immateriële activa van geringe betekenis zijn of bijna geheel ontbreken.

84. Op grond van het voorgaande ben ik van mening, dat voor ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan waar de menselijke factor, de arbeidskrachten, het voornaamste element vormt, het bestaan van een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht en de overname daarvan door de verkrijger of de nieuwe opdrachtnemer van doorslaggevend belang moeten zijn. Anders gezegd, aan de hand van dit element dient te worden onderzocht, of er sprake is van een overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan; dit nu is het criterium voor de toepassing van de richtlijn en niet de, mijns inziens onbeduidende, omstandigheid dat de nieuwe ondernemer al dan niet een aantal werknemers, ook al gaat het om de meerderheid van het personeel, heeft overgenomen.

85. Op grond van dit criterium kan bijvoorbeeld worden voorkomen dat de verkrijger naar eigen goeddunken een aantal personen uitkiest die over bijzondere kennis en deskundigheid beschikken en vervolgens het niet-gespecialiseerde of laag opgeleide personeel ontslaat, waardoor juist de werknemers die daaraan het meest behoefte hebben, de bescherming van de richtlijn wordt ontzegd. [49]

44 — Punt 18. In deze zaak ging het erom, of de richtlijn van toepassing is in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst van een werknemer van een vennootschap in opheffing waarvan de activiteiten worden overgenomen door een andere, nieuw gevormde vennootschap, die zich in dezelfde lokalen heeft gevestigd.

45 — Zie arrest van 25 juli 1991, D'Urso (C-362/89, Jurispr. blz. I-4105, punt 12).

46 — Zie ook de analyse op dit punt van V. Shrubsall, op. cit., blz. 87.

47 — Zie de in voetnoot 45, respectievelijk voetnoot 22 aangehaalde arresten D'Urso (punt 20) en Rotsart de Hertaing (punt 18).

48 — Punt 20.

49 — Zie, in deze zin, V. Shrubsall, op. cit., blz. 92.

86. Ik misken niet, dat ook hier het wilselement — namelijk de vraag wat partijen (de verkrijger of de aannemer en de vervreemder of de aanbesteder) hebben gewild of hebben gedaan — een van de criteria is die in acht moeten worden genomen ter beoordeling of er al dan niet sprake is van een overgang. Dit criterium kan niet buiten beschouwing worden gelaten. De vrijwillige overname van het voltallige personeel of van het merendeel daarvan (qua aantal en deskundigheid) is zonder meer een belangrijke factor, die de rechter in het hoofdgeding moet aanzetten tot een nauwlettend onderzoek of er eventueel andere factoren voorhanden zijn die de conclusie wettigen, dat er sprake is van een overdracht van een economische eenheid. Wegens de bijzondere aard van de in casu centraal staande onderneming of vestiging zal ik mijn aandacht dus speciaal hierop concentreren. Ik herinner er nog aan, dat dit element onder meer in aanmerking is genomen in het arrest Spijkers.

87. Het voordeel van deze oplossing is bovendien, dat de beginselen van economische vrijheid, van contractvrijheid en van de daaruit voortvloeiende overname van het ondernemingsrisico enerzijds en het subrogatiebeginsel in geval van overgang en het beginsel van bescherming van de werknemers anderzijds hierdoor met elkaar worden verzoend.

C — *Gevoegde zaken C-127/96, C-229/96 en C-74/97*

88. Ik wijs erop, dat het Hof niet eerder in de gelegenheid is geweest zich te buigen over gevallen waarin een onderneming die het schoonhouden van haar lokalen aan een andere onderneming heeft uitbesteed, besluit de betrokken overeenkomst op te zeggen en de schoonmaakwerkzaamheden voortaan zelf weer uit te voeren. [50]

1) *Zaak Hernández Vidal*

a) Beantwoording van de eerste prejudiciële vraag

89. Met betrekking tot het in de eerste vraag opgeworpen vraagpunt, of het voor de toepassing van de richtlijn van belang is, of het gaat om een hoofd- of nevenactiviteit, is de rechtspraak volgens mij duidelijk. [51]

90. In het arrest Redmond Stichting oordeelde het Hof, dat de overdracht door de ene aan de andere onderneming van slechts

50 — In de zaak Schmidt ging het in feite precies om het tegenovergestelde geval: een ondernemer droeg de uitvoering van de schoonmaakwerkzaamheden waarvoor hij voordien zelf zorg droeg, op aan een andere ondernemer (contracted out), zelfs al werden deze werkzaamheden vóór de overgang door een enkele werknemster verricht. Het arrest Süzen betrof een ondernemer die het schoonmaakcontract voor zijn lokalen had opgezegd om hiervoor een nieuw contract met een andere ondernemer te sluiten.

51 — Ik wijs erop, dat richtlijn 98/50 in artikel 1, lid 1, sub b, bepaalt, dat als overgang in de zin van de richtlijn moet worden beschouwd „de overgang, met het oog op voortzetting van *een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit*, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan" (cursivering van mij).

een deel van haar activiteiten [52] (namelijk de hulpverlening aan drugsverslaafden, met uitzondering van de ontmoetings- en recreatieve activiteiten), niet noodzakelijkerwijs de toepassing van de richtlijn uitsloot. Het Hof merkte op [53], dat het enkele feit dat de ontmoetings- en recreatieve activiteiten *„een zelfstandige doelstelling vormden*, niet in de weg staat aan de toepassing van de eerdergenoemde bepalingen van de richtlijn. Deze hebben immers niet enkel betrekking op de overgang van ondernemingen, maar ook op de overgang van vestigingen of onderdelen daarvan, waarmee *activiteiten van bijzondere aard* kunnen worden gelijkgesteld." [54]

91. In het arrest Watson Rask en Christensen [55] erkende het Hof het volgende [56]: „Wanneer een ondernemer dus bij overeenkomst de exploitatie van een dienst van zijn onderneming, bijvoorbeeld een bedrijfsrestaurant, overdraagt aan een andere ondernemer, die daardoor de werkgeversverplichtingen jegens de daarin tewerkgestelde werknemers op zich neemt, kan de daaruit voortvloeiende transactie onder de werkingssfeer van de richtlijn, zoals omschreven in artikel 1, lid 1, komen te vallen. De omstandigheid dat in een dergelijk geval de overgedragen activiteit voor de overdragende onderneming *slechts een bijkomstige activiteit is, die niet noodzakelijk verband houdt met het doel van de onderneming*, kan niet tot gevolg hebben, dat die transactie van de werkingssfeer van de richtlijn wordt uitgesloten." [57]

92. Derhalve ben ik, gelet op de hierboven (sub B) gemaakte analyse, van mening dat de activiteit bestaande in het schoonhouden van de lokalen van een onderneming, waaraan die onderneming voortdurend behoefte heeft, ook al is dit niet haar hoofdactiviteit, onder de werkingssfeer van de richtlijn kan vallen, voor zover er sprake is van een geheel van werknemers die duurzaam georganiseerd zijn en een bepaald doel nastreven; daartoe is niet vereist, dat andere materiële of immateriële activa van belang worden overgedragen, mits er een economische eenheid bestaat en deze eenheid haar identiteit na de overgang behoudt.

b) Beantwoording van de tweede prejudiciële vraag

93. De tweede vraag van de nationale rechter valt in twee onderdelen uiteen. Het eerste onderdeel ziet op de vraag, of de beëindiging van een schoonmaakcontract onder het begrip „overgang ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst" kan vallen; met het tweede onderdeel, dat uitsluitend van belang is ingeval het eerste onderdeel bevestigend

52 — Het ging in die zaak om een Nederlandse stichting voor hulpverlening aan drugsverslaafden.

53 — Punt 30.

54 — Cursivering van mij.

55 — Dit arrest, dat ik reeds in voetnoot 34 heb genoemd, had betrekking op het bedrijf Philips, dat het beheer van zijn vier bedrijfsrestaurants contractueel had uitbesteed aan het cateringbedrijf ISS. In dit verband had ISS zich ertoe verbonden de (circa tien) werknemers van Philips die in deze restaurants werkzaam waren, tegen dezelfde voorwaarden over te nemen, terwijl Philips zich ertoe verplichtte, haar een vaste maandelijkse vergoeding en een beloning in natura te betalen. Deze beloning in natura bestond er voor Philips uit, dat zij lokalen en outillage, elektriciteit, verwarming, een telefooninstallatie, een garderobe en een vuilinzamelingsdienst ter beschikking van ISS stelde, tezamen met de levering tegen groothandelsprijzen van bepaalde consumptiegoederen. Het Hof achtte de richtlijn van toepassing.

56 — Punt 17.

57 — Cursivering van mij.

wordt beantwoord, wenst de rechter te vernemen, of het in dit verband relevant is of de onderneming waarvoor de werkzaamheden worden verricht, het schoonmaakwerk door haar eigen werknemers laat uitvoeren, dan wel door andere, nieuw aangestelde werknemers.

94. Hiervoor is reeds gebleken, dat de modaliteiten van de overgang van weinig belang zijn, zolang er sprake is van een economische eenheid die haar identiteit na de overgang behoudt. Het feit dat de overgang wordt bewerkstelligd door een overeenkomst krachtens welke bepaalde activiteiten aan een derde onderneming worden uitbesteed, en dat deze activiteiten na beëindiging van de overeenkomst weer door de opdrachtgever zelf worden verricht, is mijns inziens niet beslissend voor de toepasselijkheid van de richtlijn, zolang aan de andere, hierboven besproken voorwaarden is voldaan.

95. Wordt een schoonmaakbedrijf in zijn geheel overgedragen, dan heeft de overgang betrekking op een georganiseerd geheel van werknemers en op de voornaamste activa, zoals het opdrachtenbestand, de klantengegevens, de taakverdeling van het personeel, etc. In dit geval doet zich vanzelfsprekend geen enkel bijzonder probleem voor met betrekking tot de toepassing van de beschermende bepalingen van de richtlijn.

96. Dit ligt anders wanneer niet het gehele schoonmaakbedrijf wordt overgedragen, doch enkel een deel van de activiteiten, die slechts één klant betreffen.

97. In het arrest Watson Rask en Christensen heeft het Hof beslist [58]: „Voor de vraag of er sprake is van overgang in de zin van de richtlijn, is in de eerste plaats beslissend, of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft, wat met name kan blijken doordat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat." [59] Het voegde hieraan toe [60], dat rekening moet worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer.

98. Ik herinner eraan, dat in casu uit het tussen Hernández Vidal en Contratas y Limpiezas gesloten contract blijkt, dat ook al verrichtte het personeel zijn werkzaamheden in de vestigingen van eerstgenoemde onderneming, het een arbeidsverhouding had met laatstgenoemde onderneming. Bovendien is er na afloop van het contract tussen Hernández Vidal en Contratas y Limpiezas geen aanbod gedaan om P. en M. Gómez Pérez opnieuw in dienst te nemen.

58 — Arrest aangehaald in voetnoot 34 (punt 19).

59 — Zie ook arresten Schmidt (punt 17); Spijkers (punt 11), en Redmond Stichting (punt 23), aangehaald in de voetnoten 14, 23, respectievelijk 14.

60 — Punt 20.

99. Volgens mij kan de overeenstemming tussen de voor en na de beëindiging van de overeenkomst verrichte schoonmaakwerkzaamheden niet bepalend zijn ter beantwoording van de vraag, of er al dan geen sprake is van een overgang. Het aanbod van de nieuwe opdrachtnemer om de werknemer opnieuw in dienst te nemen, wettigt als zodanig evenmin een dergelijke conclusie.

100. Mijns inziens staat het in dit soort gevallen aan de nationale rechter om aan de hand van de door het Hof geformuleerde criteria, waaronder met name het bestaan van een geheel van werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verrichten en de overname daarvan door de verkrijger of de aannemer, te beoordelen of er sprake is van een onderdeel van een vestiging of een vestiging en, vervolgens, of dit onderdeel van een vestiging of deze vestiging is overgedragen, zodat de betrokken werknemers binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

101. Wat betreft het tweede onderdeel van de vraag, kan worden volstaan met te verwijzen naar de vaste rechtspraak van het Hof, volgens welke de richtlijn van toepassing is op elke verandering van ondernemer, zonder dat er sprake hoeft te zijn van een contractuele betrekking tussen de vervreemder en de verkrijger van de onderneming. [61]

102. Teneinde dus te bepalen of aan de voorwaarden voor een overgang van een economische eenheid is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenstemmen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts *deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek* en mogen daarom niet elke afzonderlijk worden beoordeeld. [62]

103. Gezien de bijzondere aard van de schoonmaakwerkzaamheden moet de vraag, of er al dan geen overgang heeft plaatsgevonden, niet zozeer worden beantwoord aan de hand van de overdracht van bepaalde materiële activa (elektrische apparaten en ander materieel dat voor de schoonmaak wordt gebruikt), als wel aan de hand van het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring alsmede de mate van overeenstemming tussen de voor en na de overgang verrichte activiteiten. Hoe dan ook is het aan de verwijzende rechter om per concreet geval uit te maken, of er in het licht van de hierboven verschafte uitleggingsgegevens al dan geen overgang heeft plaatsgevonden.

61 — Zie, bijvoorbeeld, de in de voetnoten 23, 14, 22, respectievelijk 14 aangehaalde arresten Merckx en Neuhuys (punt 30); Daddy's Dance Hall (punt 10); Bork International e. a. (punt 14), en Redmond Stichting (punt 13).

62 — Zie, met name, arresten Spijkers (punt 13), en Redmond Stichting (punt 24), aangehaald in voetnoot 23, respectievelijk 14.

104. Tot slot wil ik er nog op wijzen, dat de richtlijn een minimaal beschermingsniveau aan de werknemers wil verzekeren met het oog op het behoud van hun rechten in geval van overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. Het is bovendien vaste rechtspraak [63], dat „de bepalingen van de richtlijn, met name die inzake de bescherming van de werknemers tegen ontslag bij overgang, in zoverre als dwingend [zijn] te beschouwen, dat er niet in voor de werknemers ongunstige zin van mag worden afgeweken". Niettemin blijft het de lidstaten, overeenkomstig artikel 7 van de richtlijn, vrijstaan om voor de werknemers gunstiger bepalingen toe te passen of in te voeren.

2) *Zaak Santner*

a) Eerste prejudiciële vraag

105. De eerste vraag van de nationale rechter is erop gericht te vernemen, of de schoonmaakwerkzaamheden in bepaalde onderdelen van een vestiging kunnen worden aangemerkt als een onderdeel van een vestiging in de zin van de richtlijn, wanneer deze na beëindiging van de overdracht krachtens overeenkomst aan een derde onderneming weer door de ondernemer zelf worden uitgevoerd.

63 — Zie, bijvoorbeeld, arrest Daddy's Dance Hall (aangehaald in voetnoot 14, punt 14), en arrest van 12 maart 1998, Dethier Équipement (C-319/94, Jurispr. blz. I-1061, punt 40).

106. Ik zou allereerst willen beklemtonen dat, zoals overigens door het Hof is bevestigd [64], het aantal werknemers van een vestiging niet beslissend is voor de vraag, of er al dan niet sprake is van een duurzaam georganiseerde economische eenheid waarvan de activiteit niet beperkt is tot de uitvoering van een bepaald werk. [65]

107. Alvorens echter tot het bestaan van een duurzaam georganiseerde economische eenheid te concluderen en vervolgens te bepalen of die eenheid haar eigen identiteit heeft behouden, moet de nationale rechter onderzoeken, of er sprake is van een georganiseerd geheel van personen en elementen, dan wel alleen van een georganiseerd geheel van personen die een groep werknemers vormen die duurzaam een gemeenschappelijke economische activiteit met hetzelfde doel verrichten, in de hierboven aangegeven zin.

108. Bovendien zou ik willen opmerken, dat het feit dat Hoechst een deel van de schoonmaakwerkzaamheden van haar lokalen door haar eigen werknemers laat uitvoeren sinds de beëindiging van de overdracht krachtens overeenkomst van deze werkzaamheden aan een derde onderneming, in casu niet uitsluit dat er

64 — Zie, bijvoorbeeld, arrest Rygaard (aangehaald in voetnoot 28, punt 20), en arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 2, punt 13).

65 — Ik wijs op het arrest Schmidt (aangehaald in voetnoot 14), waarin het feit dat de activiteit door een enkele werkneemster werd verricht, het Hof er niet van weerhield te oordelen (punt 15), dat er sprake was van een duurzaam georganiseerde economische eenheid. Het voegde daaraan toe, dat de door de richtlijn geboden bescherming niet kan afhangen van het aantal bij het overgedragen onderdeel van de onderneming tewerkgestelde werknemers.

sprake is van een onderdeel van een vestiging in de zin van de richtlijn. Dit onderdeel komt overeen met het schoonhouden van bepaalde badinrichtingen en hiermee waren de achtereenvolgende werkgevers van Santner belast. De bescherming van de richtlijn is derhalve van toepassing op de werknemers die voor dit onderdeel van de onderneming waren ingezet, omdat, zoals het Hof heeft uitgemaakt [66], „een arbeidsverhouding in hoofdzaak [wordt] gekenmerkt door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging, waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld".

109. Voor het overige moet deze vraag naar mijn mening in dezelfde zin worden beantwoord als de eerste vraag in de zaak Hernández Vidal.

b) De tweede prejudiciële vraag

110. De tweede vraag is erop gericht te vernemen, of het antwoord op de eerste vraag hetzelfde blijft, wanneer de schoonmaakwerkzaamheden in bepaalde onderdelen van een vestiging, nadat de ondernemer deze weer op zich heeft genomen, opnieuw deel uitmaken van de schoonmaakwerkzaamheden in de gehele vestiging.

111. Volgens de Duitse regering is de richtlijn niet van toepassing wegens het ontbreken van een gestructureerde eenheid die haar identiteit na de overgang heeft behouden, nu de schoonmaakwerkzaamheden deels door de eigen werknemers van Hoechst worden uitgevoerd en deels door derde ondernemingen. De Commissie heeft zich hierbij aangesloten.

112. Uit het dossier blijkt, dat Hoechst niet heeft aangeboden Santner opnieuw in dienst te nemen [67] en dat het bedrijf weliswaar alle schoonmaakwerkzaamheden van de badinrichtingen op zich heeft genomen, doch deze vervolgens voor een deel heeft toevertrouwd aan haar eigen werknemers [68] en voor een deel aan derde ondernemingen. Nergens blijkt, dat andere materiële of organisatorische elementen na beëindiging van de overeenkomst opnieuw aan Hoechst zijn overgedragen.

113. Dienaangaande wil ik onderstrepen, dat het aan de nationale rechter is om aan de hand van de verschillende door het Hof geformuleerde criteria te beoordelen of de vestiging haar identiteit na de overgang heeft behouden, met inachtneming van de hiervoor uiteengezette bijzondere aard van de vestiging en van de schoonmaakwerkzaamheden in bepaalde vestigingen.

114. Evenwel bepaalt artikel 4, lid 1, van de richtlijn, dat, ook al vormt de overgang van

66 — Zie arrest van 7 februari 1985, Botzen e. a. (186/83, *Jurispr.* blz. 519, punt 15), en arrest Schmidt (aangehaald in voetnoot 14, punt 13).

67 — In tegenstelling dus tot wat in de zaak Schmidt is gebeurd.

68 — Blijkens het dossier ging het om speciaal daartoe opgeleide gehandicapten.

een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan op zich geen reden tot ontslag voor de vervreemder of de verkrijger, deze bepaling geen beletsel vormt voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen. Overigens komt de bevoegdheid tot ontslagverlening overeenkomstig de rechtspraak van het Hof [69] zowel toe aan de vervreemder als aan de verkrijger.

3) *Zaak Gómez Montaña*

115. De verwijzende rechter vraagt, of de beëindiging van een onderaannemingsovereenkomst met een schoonmaakbedrijf, die ertoe leidt dat een werkneemster van de opdrachtnemer wordt ontslagen en de opdrachtgever, een spoorwegonderneming, de schoonmaakwerkzaamheden door zijn eigen werknemers laat uitvoeren, binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt.

116. In de eerste plaats zij onderstreept dat, overeenkomstig de hierboven gemaakte analyse, het feit dat Renfe de schoonmaakwerkzaamheden op het station van Pontevedra zelf op zich heeft genomen in plaats van ze opnieuw aan een derde onderneming uit te besteden, niet bepalend is voor het aan de verwijzende rechter te geven antwoord.

117. Voorts ben ik op grond van de door de verwijzende rechter uiteengezette feiten, zoals toegelicht in de schriftelijke opmerkingen die in de loop van de procedure zijn ingediend, van mening, dat het besluit van Renfe om het schoonhouden en het onderhoud van het station zelf te verzorgen, zonder meer neerkomt op de voortzetting van dezelfde economische activiteit. Dit neemt niet weg, dat de nationale rechter op basis van de hierboven vermelde, uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende criteria moet onderzoeken, of Claro Sol een duurzaam georganiseerde economische eenheid aan Renfe heeft overgedragen. Volgens de verwijzingsbeschikking lijkt het er namelijk op, dat alleen de verantwoordelijkheid van Claro Sol voor het schoonmaken en onderhouden van het station is overgedragen aan Renfe en dat eerstgenoemde onderneming louter een opdracht heeft verloren aan de hoofdonderneming, welk verlies als zodanig geen aanwijzing voor een overgang in de zin van de richtlijn kan zijn.

118. Met andere woorden, weliswaar heeft Claro Sol een klant verloren, doch zij blijft niettemin in haar volle omvang voortbestaan; er is geen sprake van een overgang van één van haar vestigingen of een onderdeel daarvan aan de nieuwe opdrachtnemer. [70]

69 — Zie arrest Dethier Équipement (aangehaald in voetnoot 63, punt 37).

70 — Zie ook punt 16 van het arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 2).

119. Niettemin zal de nationale rechter moeten onderzoeken, of Claro Sol voor het verrichten van voornoemde diensten, dat wil zeggen voor de uitvoering van de werkzaamheden, een bepaald aantal werknemers (uitvoerend of leidinggevend personeel) nodig had alsmede bepaalde activa, hoe gering van betekenis ook (gereedschap, apparaten).

120. Ook zal de nationale rechter moeten onderzoeken, of er een georganiseerd geheel van werknemers of althans een wezenlijk deel, qua aantal en deskundigheid, daarvan is overgedragen, of dat er methoden van bedrijfsvoering of arbeidsorganisatie zijn overgedragen, alvorens op grond hiervan te beslissen of er sprake is geweest van een overgang.

121. Het is dus aan de nationale rechter om op basis van voornoemde criteria uit te maken, of er na de overgang al dan geen economische eenheid bestaat, rekening houdend met het feit dat Renfe de zorg voor het schoonhouden van het station van Pontevedra aan haar eigen personeel heeft toevertrouwd en dat zij Gómez Montaña na beëindiging van het contract met Claro Sol, die gedurende de gehele looptijd van het contract haar werkgever was geweest, niet in dienst heeft genomen. Indien niet aan deze criteria is voldaan, kan het antwoord alleen maar ontkennend luiden.

122. Zoals bovendien reeds gezegd, weerhoudt het feit dat de schoonmaakwerkzaamheden een nevenactiviteit van Renfe zijn naast haar hoofdactiviteit, het spoorwegvervoer, mij niet van het oordeel dat er, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, sprake kan zijn van een overgang van een vestiging of onderdeel daarvan in de zin van de richtlijn. Evenmin moet bijzonder gewicht worden toegekend aan het aantal werknemers dat is ingezet bij het betrokken vestigingsonderdeel, voor zover er andere factoren aanwijsbaar zijn waaruit het bestaan van een overgang kan worden afgeleid.

123. Tot slot herinner ik eraan, dat volgens artikel 7 van de richtlijn de lidstaten ten volle bevoegd blijven om wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die voor de werknemers gunstiger zijn.

D — *Gevoegde zaken C-173/96 en C-247/96*

1) *Zaak Sánchez Hidalgo*

124. Ter beantwoording van de gestelde vraag moet enerzijds rekening worden gehouden met de verschillende door het Hof geformuleerde criteria om te beoordelen of er sprake is van een overgang van een vestiging of onderdeel daarvan, en moet anderzijds worden nagegaan of de overgedragen economische eenheid haar identiteit na de overgang heeft behouden.

125. Blijkens het dossier gaat het in casu om een activiteit waarbij de factor arbeid de voornaamste rol speelt, terwijl de materiële elementen (installaties, technische uitrusting, taakverdeling, ervaring, etc.) er minder toe doen.

126. Aangezien het dus een sector betreft waar de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, is het criterium van een groep werknemers, in de zin van een geheel van werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht [71], van beslissend belang. Of er sprake is van een dergelijk georganiseerd geheel, moet door de nationale rechter worden beoordeeld. Het feit dat het personeel in zijn geheel door de nieuwe ondernemer in dienst wordt genomen, kan tot de slotsom leiden, dat er een overgang in de zin van de richtlijn heeft plaatsgevonden, ook al zijn er geen andere materiële of immateriële activa van belang overgedragen.

127. De nationale rechter zal verder bijvoorbeeld moeten nagaan, of de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen [72] en wat de structuur van de betrokken ondernemingen is, dat wil zeggen hoe de personeelsbezetting is, hoe zij functioneren, etc. [73]

128. Het is dus aan de nationale rechter om uit te maken, of er een overgang van een onderdeel van een vestiging heeft plaatsgevonden, door vast te stellen of de thuishulpverlening is voortgezet met hetzelfde team hulpverleners, eventueel aangevuld met andere werknemers, of dezelfde werktijden zijn gehandhaafd, of de personen waaraan de hulp wordt verleend dezelfde zijn, etc.

129. Het feit dat de gemeente Guadalajara deze diensten na een nieuwe aanbestedingsprocedure aan een andere onderneming heeft uitbesteed, acht ik voorts evenmin een beslissende factor waardoor mijn antwoord anders zou komen te luiden en de bescherming van de richtlijn zou worden uitgesloten; stellig volstaat het, dat er geen buitensporig lange onderbreking tussen beide opdrachten is geweest.

130. Er moet derhalve een nauw temporeel verband bestaan tussen de beëindiging van een opdracht en de uitbesteding ervan aan een nieuwe ondernemer. De duur van de tussenliggende periode moet door de nationale rechter worden bepaald op grond van de feitelijke omstandigheden en de aard van de betrokken vestiging, waarbij het nuttig effect

71 — Zie arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 2, punt 21).

72 — Meer concreet zal hij de bijzondere kenmerken moeten onderzoeken van de aanvankelijk door Minerva en vervolgens door Aser in het kader van hun respectieve overeenkomsten met de gemeente Guadalajara verrichte activiteit. Met andere woorden, hij zal moeten nagaan, of de verleende diensten voor thuishulp al dan niet identiek waren.

73 — De Commissie deelt (in punt 8 van haar schriftelijke opmerkingen) mee, dat Aser in een aan de gemeente overgelegd rapport uit de doeken doet, dat haar structuur gebaseerd is op een reeks teams van thuishulpverleners met een coördinator en een technisch team van gespecialiseerd personeel (maatschappelijk werkers, psychologen, etc.).

van de beschermende bepalingen van de richtlijn steeds verzekerd dient te zijn. [74]

131. Evenmin moet al te veel belang worden gehecht — dat verschil zou uitmaken voor mijn antwoord — aan het feit dat de collectieve arbeidsovereenkomst of de uitbestedingsvoorwaarden zwijgen over een verplichting van de nieuwe opdrachtnemer waaraan de opdracht na een aanbesteding is gegund, in de bestaande arbeidsverhouding tussen de personeelsleden en de vorige opdrachtnemer te treden. Immers, „vanwege het dwingende karakter van de door de richtlijn ingevoerde bescherming en omdat anders de werknemers deze bescherming in feite zou worden ontnomen" [75], kan de toepassing van de richtlijn niet afhankelijk worden gesteld van de aanwezigheid of het ontbreken van dergelijke bedingen in een collectieve arbeidsovereenkomst of de uitbestedingsvoorwaarden, want deze toepassing vloeit voort uit een geheel van omstandigheden feitelijk en rechtens [76] waaruit kan worden afgeleid, of er al dan niet sprake is van een overgang.

2) *Zaak Ziemann*

132. Het kenmerkende van deze zaak is vooral, dat de toepasselijke voorwaarden en hun toepassing grotendeels worden bepaald door de uitbesteder (de Bundeswehr), zowel wat betreft de organisatie, in de aanbesteding, als de uitvoering door elke opdrachtnemer van de bewakingswerkzaamheden van het depot voor verplegingsmiddelen te Efringen-Kirchen.

133. De nationale rechter stelt met zijn vragen in wezen twee problemen aan de orde. In de eerste plaats moet het begrip economische eenheid worden onderzocht in het kader van de overgang van een vestiging ten gevolge van de verandering van opdrachtnemer; dit punt is voornamelijk opgeworpen in het eerste onderdeel van de eerste vraag en in de derde vraag. In de tweede plaats vraagt de nationale rechter zich af, welk belang moet worden toegekend aan het feit dat de verandering van opdrachtnemer heeft plaatsgevonden in het kader van een aanbestedingsprocedure, en aan het ontbreken van rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de opeenvolgende ondernemingen die de beveiliging (bewaking en toezicht) van een depot voor verplegingsmiddelen van de Bundeswehr hebben verzekerd; dit probleem is opgeworpen in het tweede gedeelte van de eerste vraag en in de tweede vraag.

a) Het begrip overdraagbare economische eenheid

134. De eerste kwestie die de nationale rechter aan de orde stelt, betreft de vraag of de richtlijn ook van toepassing is op de overgang van een vestiging of onderdeel daarvan, zoals de bewaking van een depot voor verplegingsmiddelen van de Bundeswehr (eerste deel van de

74 — Op dit vraagstuk zal ik hierna, in het kader van de zaak Ziemann, uitvoeriger ingaan.

75 — Zie arrest Rotsart de Hertaing (aangehaald in voetnoot 22, punt 20).

76 — De Commissie haalt in haar schriftelijke opmerkingen (in punt I.4) een door Aser aan de gemeente Guadalajara voorgelegd rapport aan, waaruit blijkt dat Aser voornemens was het hulpverlenersteam dat ten tijde van de overgang met de dienstverlening belast was, volledig te handhaven.

eerste vraag), wanneer het steeds dezelfde werknemers zijn die dezelfde taken verrichten onder in wezen dezelfde voorwaarden, waarvan de inhoud tot in detail door de uitbesteder wordt bepaald (derde vraag).

135. Het Hof wordt dus verzocht om een antwoord op de vraag, of er, gelet op de omstandigheid dat de werkgever (de Bundeswehr) de voorschriften voor de organisatie en uitvoering van een activiteit die in hoofdzaak door hetzelfde personeel wordt verricht, in detail omschrijft, wel sprake is van een economische eenheid, waarvan de overgang binnen de toepassingssfeer van de richtlijn valt. Indien het antwoord hierop ontkennend luidt, dat wil zeggen indien er geen sprake is van een economische eenheid, kan de vraag inzake de toepassing van de beschermende bepalingen van de richtlijn verder buiten beschouwing worden gelaten.

136. Teneinde de richtlijn te kunnen toepassen wanneer twee ondernemingen elkaar opvolgen bij het verrichten van een activiteit, is het in de eerste plaats noodzakelijk, dat de eerste onderneming daartoe een voldoende gestructureerde (economische) eenheid heeft gevormd.

137. Het gaat dus om de vraag, in hoeverre de invloed die de opdrachtgever heeft uitgeoefend op de organisatie en uitvoering van deze activiteit door de opdrachtnemer, de opdrachtnemer in sommige gevallen kan beroven van zijn handelingsvrijheid en daarmee van de mogelijkheid om voor de uitoefening van voornoemde activiteit een specifieke en georganiseerde economische eenheid te vormen.

138. Ziemann GmbH betwijfelt, of de richtlijn kan worden toegepast op publiekrechtelijke instellingen, zoals de Bundeswehr.

139. Volgens Ziemann GmbH en de Duitse regering vormde de bewaking van het depot voor verplegingsmiddelen, bij gebreke van zelfstandig functioneren wegens de bemoeienis van de Bundeswehr met de organisatie en uitvoering van de werkzaamheden, geen economische eenheid. Huns inziens was er dus sprake van de overgang van een opdracht en niet van een vestiging of onderdeel daarvan.

140. Volgens de Commissie is er wel degelijk sprake van een economische eenheid, doch is zij niet overgedragen en behoorde en behoort zij nog steeds toe aan de Bundeswehr, die haar slechts het strikt noodzakelijke minimum aan organisatiestructuur en zelfstandigheid toestaat.

141. Zoals reeds gezegd, heeft het Hof beslist [77], dat „de richtlijn slechts van toepassing [kan] zijn, indien de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische entiteit waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt (...)". Het heeft voorts verklaard: „Het begrip entiteit verwijst dus naar een georganiseerd geheel van personen en elementen,

77 — Zie, bijvoorbeeld, arresten Rygaard (aangehaald in voetnoot 28, punt 20), en Süzen (aangehaald in voetnoot 2, punt 13).

waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend."

142. Het is derhalve niet voldoende, dat ondernemers elkaar opvolgen in de uitoefening van dezelfde activiteit; daarnaast moet er sprake zijn van de overdracht van een economische eenheid, dat wil zeggen van een georganiseerd geheel van personen en/of elementen waarmee een economische activiteit kan worden uitgeoefend en dat een eigen doelstelling nastreeft. Overigens heb ik in mijn betoog hierboven reeds uiteengezet, waarom het bestaan van materiële of immateriële activa niet beslissend kan zijn bij activiteiten waarbij de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn.

143. Mitsdien kan er, zoals de Commissie terecht opmerkt (in punt 22 van haar schriftelijke opmerkingen), slechts sprake zijn van een overgang van een vestiging of onderdeel daarvan tussen de eerste en de tweede opdrachtnemer (Ziemann GmbH, respectievelijk Horst Bohn), wanneer in de eerste plaats de „bewaking" van het depot voor verplegingsmiddelen te Efringen-Kirchen een economische eenheid en dus een onderdeel van een vestiging in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn vormt, en in de tweede plaats dit onderdeel van een vestiging aan Ziemann GmbH heeft toebehoord alvorens het aan Horst Bohn werd overgedragen. Indien de „bewaking" echter altijd aan de Bundeswehr is blijven toebehoren, komt de vraag naar de overgang van een onderdeel van een vestiging niet eens aan de orde, ook al is de leiding van dit toezicht achtereenvolgens aan verschillende ondernemingen toevertrouwd.

i) Het begrip „economische eenheid"

144. Zoals reeds opgemerkt, is de aan een onderneming opgedragen activiteit bestaande in de bewaking van bepaalde ruimtes, een vorm van dienstverlening en dus een economische activiteit. Wanneer deze activiteit, die op een specifiek doel is gericht, ook al is dit niet het hoofddoel van de onderneming, wordt uitgeoefend door een georganiseerde eenheid, dat wil zeggen door een georganiseerd geheel van personen en/of bedrijfsmiddelen, kan deze eenheid als een economische eenheid worden aangemerkt, die overeenkomstig de in de richtlijn gehanteerde terminologie de basis vormt van elke onderneming, vestiging of onderdeel daarvan.

145. Inderdaad moet een economische eenheid georganiseerd zijn, dat wil zeggen over een, zij het ook zeer geringe, organisatiestructuur beschikken, wil zij een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan kunnen vormen.

146. In de praktijk zou dit voornamelijk betrekking kunnen hebben op de concrete organisatie van het personeel, de duur en de continuïteit van de uitoefening van de activiteit, de aanwezigheid van een werkschema met vaste tijden, de keuze van het personeel en de toewijzing van personeel voor concrete taken. Deze elementen, die louter bij wijze van voorbeeld worden genoemd, moeten per concreet geval door de nationale rechter worden vastgesteld.

147. Gelet op de in de verwijzingsbeschikking uiteengezette feitelijke gegevens, ben ik het met de Commissie eens, dat de „bewaking" van de verplegingsmiddelen in het betrokken depot een economische eenheid kan vormen. Ik baseer deze conclusie op de omstandigheid, dat de bewaking van een concrete locatie gedurende een zeer lange periode is toevertrouwd aan een bepaalde groep bewakers, ook al werden hun verplichtingen bepaald door het UZwGBw en van het dienstverleningscontract. Bovendien wordt het bewakingspersoneel blijkens het dossier geselecteerd, opgeleid en ingezet op grond van zijn geschiktheid om de gevraagde diensten te verrichten. Dit personeel, dat volgens een tevoren opgesteld bewakingsschema werkt, moet de vastgestelde werktijden in acht nemen en concrete instructies opvolgen.

ii) De vraag of de „bewaking" bij de Bundeswehr is blijven berusten, dan wel achtereenvolgens op elke nieuwe opdrachtnemer is overgegaan

148. Volgens de Commissie heeft er in casu, gelet op de door de verwijzende rechter beschreven feitelijke omstandigheden, geen overgang plaatsgevonden van een onderdeel van een vestiging door de Bundeswehr aan de eerste onderneming noch, door middel van een overdracht, aan de tweede. De economische eenheid „bewaking" van het depot voor verplegingsmiddelen te Efringen-Kirchen maakt in wezen, gezien haar organisatiestructuur en de mate van zelfstandigheid ervan, duurzaam deel uit van de Bundeswehr, in haar hoedanigheid van opdrachtgever. Bijgevolg heeft er volgens de Commissie geen overgang plaatsgevonden van een vestiging of onderdeel daarvan aan de ondernemingen Ziemann GmbH en Horst Bohn.

149. Dit standpunt kan mijns inziens niet worden aanvaard. Ik heb erkend, dat er sprake is van een economische eenheid bestaande in de bewaking van het aan de Bundeswehr toebehorende depot voor verplegingsmiddelen te Efringen-Kirchen. Ongeacht de invloed die de Bundeswehr op de organisatie van deze economische eenheid uitoefent door middel van vooral de bedingen in het dienstverleningscontract, zij kan mijns inziens niet volstaan om de bescherming van de richtlijn in geval van overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan uit te sluiten.

150. Anders gezegd, de bemoeienis van de opdrachtgever (de Bundeswehr) [78], ongeacht de omvang ervan, tast de vrijheid van de

78 — Er zij aan herinnerd, dat de overeenkomst tussen de Bundeswehr, die het depot voor verplegingsmiddelen beheert, en de bewakingsfirma's in detail wordt opgesteld door de bevoegde administratieve diensten van de landmacht en voorwerp vormt van een openbare aanbesteding. De tekst van de aanbesteding vermeldt — en het contract legt dit vervolgens vast — de te verrichten bewakingsopdracht, de taakomschrijving van de bewakers, het aantal bewakers en honden, de aan het bewakingspersoneel gestelde eisen, de kwalificaties waaraan het moet voldoen, de uitrusting, de instructies, de controles en het wapenonderricht. Van de voorzieningen van het depot voor verplegingsmiddelen stelt de opdrachtgever (de Bundeswehr) het wachtlokaal, de sanitaire voorzieningen, de rustzaal en de garderobes ter beschikking. De opdrachtnemer kan slechts met schriftelijke toestemming van de opdrachtgever bewakingspersoneel aanstellen, hij moet het vervangend personeel vooraf bij de opdrachtgever aanmelden en laatstgenoemde kan te allen tijde bepaalde personen uitsluiten en vervangen door nader door hem aan te wijzen personen. Voorts preciseert de nationale rechter, dat de overeenkomst moet worden uitgevoerd overeenkomstig de door het Duitse leger gestelde voorwaarden en binnen een specifiek juridisch kader bestaande uit de wet inzake de uitoefening van bijzondere bevoegdheden door soldaten van de Bundeswehr.

opdrachtnemer mijns inziens niet zo sterk aan, dat de stelling dat de opdrachtnemer over bepaalde bevoegdheden beschikt met betrekking tot de organisatie van de economische eenheid die de bewaking van het depot voor verplegingsmiddelen vormt, niet langer op zou gaan.

151. Zoals de verwijzende rechter stelt, mag de opdrachtnemer dit personeel niet inzetten voor de bewaking van andere gebouwen; deze situatie zou zich echter ook kunnen voordoen in het kader van bijvoorbeeld de bewaking van een bank. Voorts moet hij een bepaalde uitrusting ter beschikking stellen, namelijk een uniform, een insigne, een revolver, een knuppel, een fluitje, een zaklantaarn, een EHBO-doos, controleapparatuur, etc. Met al deze elementen moet beslist rekening worden gehouden bij de beoordeling of er sprake is van een economische eenheid waarvan de organisatorische verantwoordelijkheid, althans tot op zekere hoogte, bij de opdrachtnemer berust.

152. Overigens is het ook in gevallen waarin bijvoorbeeld de schoonmaak- of bewakingswerkzaamheden door een willekeurige onderneming [79] aan een derde zijn uitbesteed, veelvuldig zo, dat de klant het werkrooster vaststelt, het gebruik van bepaalde grondstoffen voorschrijft of verbiedt, de inachtneming van bepaalde elementaire veiligheidsvoorschriften verlangt, of zelfs toezicht wenst uit te oefenen op het personeel dat voor de betrokken dienstverlening wordt ingezet dan wel de toegang tot het werk ontzegt aan personen die daar niets te zoeken hebben. Hetzelfde zou kunnen worden betoogd ten aanzien van een onderneming die met het onderhoud van de tuinen van een ondernemer of een particulier belast is of die verantwoordelijk is voor de exploitatie van een bedrijfsrestaurant in de lokalen van een onderneming.

153. Uit het voorgaande vloeit naar mijn mening voort, dat de eerste opdrachtnemer over een zekere, zij het beperkte, handelsvrijheid beschikt bij de organisatie van de economische eenheid „bewaking" en de wijze van uitvoering van de aan hem opgedragen taken. Voorts is het werk van de opdrachtnemer niet uitsluitend beperkt tot het tegen betaling ter beschikking stellen van de bewakers die bij hem in dienst zijn; de argumenten van de Commissie die voor het tegendeel pleiten, zijn ongegrond en moeten worden verworpen.

154. Aangezien de Bundeswehr derhalve heeft besloten de verantwoordelijkheid voor het verrichten van een bepaalde dienst bij overeenkomst aan een onderneming (de eerste opdrachtnemer) over te dragen op de door de nationale rechter, die overigens de feitelijke omstandigheden moet vaststellen, aangegeven wijze, en aangezien de economische eenheid haar identiteit na de overgang heeft behouden en de opdrachtnemer een zekere, zij het beperkte, vrijheid heeft behouden om deze economische eenheid te organiseren, kan worden erkend, dat voornoemde economische eenheid na de eerste overdracht niet ten laste van de Bundeswehr is gebleven.

79 — Bijvoorbeeld een museum, een bank, een woningcomplex, etc.

iii) De overgang van een onderdeel van een vestiging

155. Gelet op de voorgaande analyse komt het mij voor, dat in de door de nationale rechter aangegeven context inderdaad sprake is van een economische eenheid bij de eerste opdrachtnemer, bestaande in de „bewaking" van het depot voor verplegingsmiddelen te Efringen-Kirchen.

156. Om evenwel te onderzoeken of de opzegging van de overeenkomst tot een overgang van de eerste op de tweede opdrachtnemer heeft geleid, moet aansluiting worden gezocht bij de verschillende uit de rechtspraak van het Hof voortvloeiende criteria die door de nationale rechter in aanmerking zijn te nemen, rekening houdend met de specifieke aard van de betrokken activiteit. Volgens de elementen van het dossier gaat het namelijk om een activiteit waarbij arbeidskrachten de voornaamste factor vormen, terwijl de materiële of immateriële elementen duidelijk van minder belang zijn.

157. Het gaat dus om een georganiseerd geheel van werknemers, die specifiek zijn ingezet voor het verrichten van een gemeenschappelijke activiteit. Ik zie dan ook geen reden waarom dit geheel, dat een economische eenheid vormt, niet telkens zou kunnen worden overgedragen wanneer, los van de overeenstemming tussen de uitgevoerde taken, de nieuwe ondernemer al het personeel of de meerderheid daarvan (zowel qua aantal als qua deskundigheid) overneemt dat de vorige opdrachtnemer speciaal voor de uitvoering van het contract had ingezet en dat hem in staat stelt de bewakingswerkzaamheden in verband met het depot voor verplegingsmiddelen op duurzame wijze voort te zetten, ook al is er geen materieel of immaterieel element van betekenis aan de nieuwe opdrachtnemer overgedragen.

158. Deze conclusie wordt bovendien gestaafd door de omstandigheid, dat blijkens de verwijzingsbeschikking in wezen altijd dezelfde werknemers onder praktisch dezelfde voorwaarden dezelfde bewakingstaken verrichten, al worden die voorwaarden in hoge mate bepaald door de opdrachtgever. [80]

b) De wijze waarop de overgang heeft plaatsgevonden

i) Het tweede onderdeel van de eerste vraag

159. Met het tweede onderdeel van de eerste vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of de richtlijn ook van toepassing is, wanneer de overgang niet rechtstreeks tussen twee ondernemingen heeft plaatsgevonden, doch in de vorm van de beëindiging van een contract met de ene onderneming en de daaropvolgende gunning van de opdracht, via een aanbesteding, aan een andere onderneming.

160. Dienaangaande volsta ik met de opmerking, dat de modaliteiten van de overgang — dat wil zeggen, de vraag of de overgang heeft plaatsgevonden door middel van een opzegging van het contract, de openstelling van een inschrijving en de daaropvolgende gunning van de opdracht aan een andere onderneming — van weinig belang zijn, zodra is voldaan aan de inzonderheid in het arrest

80 — De nationale rechter onderstreept (in punt I.4 aan het eind), dat Horst Bohn volgens Ziemann 9 van de 12 werknemers voor de „bewaking" van het depot voor verplegingsmiddelen te Efringen-Kirchen heeft overgenomen en dat Ziemann samen met een andere oudere werknemer als enige is ontslagen, op grond dat hij volgens de opdrachtgever te oud was om bewakingstaken te verrichten. De Commissie preciseert (in punt 7 van haar schriftelijke opmerkingen), dat een derde werknemer vrijwillig ontslag heeft genomen.

Süzen door het Hof geformuleerde voorwaarden ter beoordeling of er al dan geen overgang heeft plaatsgevonden. Ook hier moeten dus, mutatis mutandis, de regels worden toegepast die gelden in geval van de beëindiging van een (bewakings)overeenkomst en de daaropvolgende gunning van de opdracht zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. Overigens is het volgens de rechtspraak van het Hof niet noodzakelijk, dat er rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de oude en de nieuwe opdrachtnemer bestaan [81], wil er sprake zijn van een „overdracht krachtens overeenkomst" in de zin van de richtlijn. [82]

ii) De tweede vraag: het belang van het tijdsverloop tussen de twee opdrachten

161. Met zijn tweede vraag wenst de nationale rechter volledigheidshalve nog te vernemen, of het voor de toepassing van de richtlijn van belang is, dat het onderdeel van de vestiging bestaande in de bewaking van het depot voor verplegingsmiddelen in casu na beëindiging van de overeenkomst met de eerste onderneming [83], weer aan de opdrachtgever toekomt [84] en *onmiddellijk daarna* wordt toevertrouwd aan een volgende onderneming [85] in het kader van een dienstverleningsopdracht met in wezen dezelfde voorwaarden. De vraag van de verwijzende rechter komt er derhalve op neer, of het voor de overgang van het onderdeel van de vestiging „bewaking" van het depot voor verplegingsmiddelen en dus voor de overgang van een onderdeel van een vestiging via een aanbestedingsprocedure van beslissend belang is, dat er *onmiddellijk daarna* een nieuwe dienstverleningsovereenkomst met vrijwel dezelfde voorwaarden met een andere contractpartij is gesloten.

162. Naar mijn mening moet er een nauw temporeel verband bestaan tussen de beëindiging van een opdracht en de gunning ervan aan een volgende ondernemer. Het is aan de nationale rechter om de toegestane duur van de onderbreking te bepalen, waarbij hij zich per concreet geding zal laten leiden door de feitelijke omstandigheden en de aard van de vestiging.

163. Mijns inziens moet hoe dan ook het nuttig effect van de beschermende bepalingen van de richtlijn worden gewaarborgd in geval van overgang van een vestiging. Deze bescherming zou niet gewaarborgd zijn, indien de toepassing van de desbetreffende bepalingen was uitgesloten omdat een langlopende „bewa-

81 — Zo valt volgens het Hof binnen de werkingssfeer van de richtlijn: de beëindiging van een pachtovereenkomst van een restaurant, gevolgd door het sluiten van een nieuwe pachtovereenkomst met een andere exploitant (arrest Daddy's Dance Hall, aangehaald in voetnoot 14); de beëindiging van een huurovereenkomst gevolgd door verkoop door de eigenaar (arrest Bork International e. a., aangehaald in voetnoot 22), en ook de situatie dat een overheidsinstantie de subsidiëring van een rechtspersoon beëindigt, met als gevolg dat die haar activiteiten volledig moet staken, om de subsidie vervolgens over te dragen aan een andere rechtspersoon met dezelfde doelstellingen (arrest Redmond Stichting, aangehaald in voetnoot 14). In het arrest Merckx en Neuhuys (aangehaald in voetnoot 23, punten 30 en 32) oordeelde het Hof, dat een situatie waarin een onderneming die een concessie voor de verkoop van motorvoertuigen binnen een bepaald gebied bezit, haar activiteiten beëindigt waarna de concessie wordt overgedragen aan een andere onderneming, die een deel van het personeel overneemt en bij de klantenkring wordt aanbevolen, zonder dat activa worden overgedragen, onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.

82 — Ik wijs erop, dat het Hof de term „overdracht krachtens overeenkomst" als gevolg van de uiteenlopende taalversies hiervan extensief uitlegt, zodat de uitlegging strookt met het doel van de richtlijn, namelijk de bescherming van de werknemers. Het is derhalve vaste rechtspraak, 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". Zie, bijvoorbeeld, arresten Bork International e. a. (aangehaald in voetnoot 22, punt 13), en Redmond Stichting (aangehaald in voetnoot 14, punt 11).

83 — In casu Ziemann GmbH.

84 — De Bundeswehr.

85 — Horst Bohn.

kings"opdracht, in een onderneming uitgevoerd door een bewakingsunit, wordt beëindigd zonder dat zij onmiddellijk daarna wordt overgedragen aan een andere bewakingsfirma. Zoals de Commissie terecht onderstreept (punt 47 van haar schriftelijke opmerkingen) [86], moet de nationale rechter in het kader van het onderzoek of het vestigingsonderdeel voor en na de overgang hetzelfde is, nagaan of dit nauwe temporele verband ook daadwerkelijk aanwezig is.

164. Volgens de gegevens in de verwijzingsbeschikking lijkt deze vraag in casu echter niet aan de orde te zijn, omdat het nauwe temporele verband tussen de afloop van de door de Bundeswehr aan de eerste onderneming (Ziemann GmbH) [87] verleende opdracht en de gunning van de nieuwe opdracht aan een andere onderneming (Horst Bohn) vaststaat [88], nu de overstap van de ene naar de andere opdracht [89] rechtstreeks, zonder onderbreking, heeft plaatsgevonden.

VI — Conclusie

165. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

A — Gevoegde zaken C-127/96, C-229/96 en C-74/97

1) Antwoord op de eerste vraag in zaak C-127/96, Hernández Vidal, en op de eerste vraag in zaak C-229/96, Santner

„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

86 — De Commissie merkt terecht op (punt 48 van haar schriftelijke opmerkingen), dat de aard van de overgang van een vestiging en de deskundigheid van het overgenomen personeel aanwijzingen kunnen vormen voor het toegestane tijdsverloop tussen de beëindiging van het vorige contract en het van kracht worden van het nieuwe contract, wil een overgang van een vestiging nog concreet mogelijk zijn. Zo mag, in geval van een overgang van een vestiging waar de nieuwe ondernemer nog moet worden gevonden door middel van een uitgebreide aanbestedingsprocedure, het tijdsverloop groter zijn dan wanneer de overgang van het vestigingsonderdeel wordt gerealiseerd door een directe wisseling van contractpartij. Het toegestane tijdsverloop kan eveneens groter zijn, wanneer het om hooggekwalificeerde werkzaamheden gaat die in het kader van een nieuwe opdrachtverlening worden uitbesteed. Voor dergelijke werkzaamheden kan het sluiten van een nieuw contract een langduriger onderzoek vergen om een onderneming of een nieuwe geschikte opdrachtnemer te vinden dan voor een activiteit die door tal van ondernemingen of opdrachtnemers kan worden verricht.

87 — Op 30 september 1995.

88 — Het beroep van Ziemann tegen Ziemann GmbH en Horst Bohn is ingesteld op 9 oktober 1995.

89 — Volgens de Commissie is de opdracht op 1 oktober 1995 aan Horst Bohn verleend.

de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, moet aldus worden uitgelegd, dat de activiteit bestaande in het schoonhouden van lokalen, waaraan een onderneming voortdurend behoefte heeft, ook al is dit niet haar hoofdactiviteit, binnen de werkingssfeer van de richtlijn kan vallen, voor zover er sprake is van een duurzaam georganiseerde groep werknemers die een bepaald doel nastreven, dat wil zeggen een economische eenheid, en deze eenheid haar identiteit na de overgang behoudt."

2) Antwoord op de tweede vraag in zaak C-127/96, Hernández Vidal, de tweede vraag in zaak C-229/96, Santner, en de in zaak C-74/97, Gómez Montaña, gestelde vraag

„Artikel 1 van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat de richtlijn niet van toepassing is in een situatie waarin een ondernemer die het schoonhouden van zijn lokalen aan een andere ondernemer heeft uitbesteed, de overeenkomst met die ondernemer beëindigt en de werkzaamheden voortaan zelf uitvoert, hetzij met zijn eigen werknemers hetzij met speciaal daartoe aangesteld personeel, voor zover deze transactie niet gepaard gaat met de overdracht tussen beide ondernemers van materiële of immateriële activa van betekenis, noch — in sectoren zoals de schoonmaaksector, waar arbeidskrachten de voornaamste productiefactor zijn — met een overname door de nieuwe ondernemer van een aanzienlijk deel, zowel qua aantal als qua deskundigheid, van het personeel dat zijn voorganger voor de uitvoering van die overeenkomst had ingezet."

B — Gevoegde zaken C-173/96 en C-247/96

1) Antwoord op de vraag in zaak C-173/96, Sánchez Hidalgo

„Artikel 1 van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat de verlening van thuishulp aan hulpbehoevenden binnen de werkingssfeer van de richtlijn kan vallen, ook al ontbreken andere materiële of immateriële activa van betekenis, voor zover er sprake is van een duurzaam georganiseerde groep werknemers die een bepaald doel nastreven, dat wil zeggen een economische eenheid, en deze eenheid haar identiteit na de overgang behoudt.

Artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat de richtlijn toepassing kan vinden wanneer een ondernemer die de verlening van thuishulp aan

hulpbehoevenden aan een andere ondernemer had uitbesteed, deze werkzaamheden na afloop van de eerste opdracht uitbesteedt aan een derde ondernemer, voor zover de nieuwe ondernemer een aanzienlijk deel, zowel qua aantal als qua deskundigheid, van het personeel dat zijn voorganger voor de uitvoering van die overeenkomst had ingezet, overneemt, ook al gaat deze transactie niet gepaard met de overdracht tussen beide ondernemers van enige materiële of immateriële activa van betekenis.

De door de bepalingen van richtlijn 77/187 geboden bescherming aan werknemers die van werkgever veranderen ten gevolge van de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan, kan niet afhangen van de in een collectieve arbeidsovereenkomst of de aanbestedingsvoorwaarden opgenomen formele verplichting van de nieuwe opdrachtnemer, in de arbeidsverhouding met de werknemers van de vorige opdrachtnemer te treden, daar de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan in de zin van de richtlijn wordt bepaald door een samenstel van omstandigheden feitelijk en rechtens die de betrokken transactie kenmerken."

2) Zaak C-247/96, Ziemann

a) Op het eerste onderdeel van de eerste vraag

„Artikel 1 van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan niet is uitgesloten op grond van de enkele omstandigheid, dat de opdrachtgever krachtens de toepasselijke wettelijke of contractuele bepalingen rechtstreeks invloed op de opdrachtnemer uitoefent wat betreft de wijze van uitvoering van de overeenkomst. Een dergelijk geval kan onder de richtlijn vallen, voor zover er sprake is van een duurzaam georganiseerde groep werknemers die een bepaald doel nastreven, dat wil zeggen een economische eenheid, en deze eenheid haar identiteit na de overgang behoudt."

b) Op de derde vraag

„Artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat de richtlijn van toepassing is, wanneer de opdrachtgever de overeenkomst met de opdracht-

nemer beëindigt en de betrokken opdracht aan een nieuwe ondernemer verleent, voor zover, in sectoren als de bewakingssector, waar arbeidskrachten de voornaamste factor zijn en waar in wezen dezelfde werknemers op dezelfde plaats en onder in wezen dezelfde voorwaarden dezelfde taken verrichten, de transactie gepaard gaat met de overname door de nieuwe ondernemer van een aanzienlijk deel, zowel qua aantal als qua deskundigheid, van het personeel dat zijn voorganger voor de uitvoering van die overeenkomst had ingezet."

c) Op het tweede onderdeel van de eerste vraag en op de tweede vraag

„Artikel 1 van richtlijn 77/187 moet aldus worden uitgelegd, dat een overgang van een onderneming niet is uitgesloten op de enkele grond, dat de opdrachtgever de dienstverleningsovereenkomst, ter zake van bijvoorbeeld bewaking, met de vorige opdrachtnemer beëindigt en dezelfde taken binnen een redelijke termijn door middel van een aanbesteding aan een nieuwe ondernemer toevertrouwt, zonder dat er sprake is van een rechtstreekse overdracht krachtens overeenkomst tussen de oude en de nieuwe opdrachtnemer."