

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

P. MENGOZZI

van 6 november 2008¹

1. De onderhavige zaak betreft een verzoek aan het Hof om een prejudiciële beslissing, ingediend door het Landesarbeitsgericht Düsseldorf (Duitsland), over de uitlegging van artikel 1, lid 1, sub a en b, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 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 van ondernemingen of vestigingen.²

I — Rechtskader

A — Het gemeenschapsrecht

3. De punten 1, 2 en 3 van de considerans van richtlijn 2001/23 luiden:

2. Deze vraag is gerezen in een geding tussen Dietmar Klarenberg en Ferrotron Technologies GmbH (hierna: „Ferrotron”) over de voortzetting met verweerster van de arbeidsverhouding tussen verzoeker en ET Electro-technology GmbH (hierna: „ET”).

„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 van ondernemingen of vestigingen³ is ingrijpend gewijzigd. Om een duidelijke en rationeel geordende tekst te verkrijgen is het derhalve dienstig tot codificatie van deze richtlijn over te gaan.

1 — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

2 — PB L 82, blz. 16.

3 — PB L 61, blz. 26.

De economische ontwikkeling brengt op nationaal en communautair vlak wijzigingen mee in de structuur van de ondernemingen, die zich onder meer voltrekken door overgangen van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen aan andere ondernemers ten gevolge van overdrachten krachtens overeenkomst of fusies.

waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.”

Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.”

5. Artikel 3, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.”

4. Artikel 1, lid 1, sub a en b, van richtlijn 2001/23 bepaalt:

B — *Het nationale recht*

„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.

6. Richtlijn 2001/23 en de daaraan voorafgaande richtlijnen⁴ zijn door § 613a Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: „BGB”) in Duits recht omgezet. Lid 1 van dit artikel bepaalt:

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,

„Wanneer een onderneming of een onderdeel daarvan bij rechtshandeling overgaat op een andere ondernemer, treedt deze in de rechten

4 — Richtlijn 77/187/EEG, aangehaald in punt 3, en richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van richtlijn 77/187/EEG 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 van vestigingen (PB L 201, blz. 88).

en verplichtingen voortvloeiend uit de ten tijde van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen.”

vervaardiging van producten in de sector meet- en regeltechniek voor de staalindustrie.

II — Het hoofdgeding en de prejudiciële vraag

7. Klarenberg, verzoeker in het hoofdgeding, was sinds 1 januari 1989 in dienst van ET, een vennootschap die actief was in de sector van de industriële automatisering en de meet- en regeltechniek. Op 1 mei 1992 werd hij benoemd tot hoofd van de afdeling F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS (onderzoek en ontwikkeling/elektronische systemen/netwerken/interfaces) van ET. Die afdeling bestond uit drie groepen: F+E/ET-Systeme (onderzoek en ontwikkeling/elektronische systemen), waarvoor Klarenberg verantwoordelijk was; EDV/Netzwerk/Serversysteme/Datensicherung (IT/netwerken/servers/gegevensbeveiliging) en Produktion/Schalt-schränke/Platinen (productie/bedieningspanelen/printplaten). Deze laatste groep werd geleid door Neumann, die tevens plaatsvervangend afdelingshoofd was.

9. Op 22 november 2005 sloot ET met Ferrotron en haar in de Verenigde Staten gevestigde moedermaatschappij een „Asset and Business Sale and Purchase Agreement” met betrekking tot de volgende door ET ontwikkelde producten: ET-DecNT (digitale elektrode-regelingen voor elektronische lichtboogovens), FT7000, ET-TempNet en ET-OxyNet (metallurgische meetsystemen). Alle producten in kwestie waren afkomstig van de groep F+E/ET-Systeme. Krachtens deze overeenkomst verwierf de moedermaatschappij van verweerster alle rechten op de productsoftware, de octrooien, de octrooiaanvragen en de uitvindingen in verband met de betrokken producten, alsook op de productbenamingen en de technische knowhow. Verweerster verwierf de ontwikkelingshardware, de inventaris van het productmateriaal en een leveranciers- en een klantenlijst. Daarnaast zijn enkele werknemers van ET aan verweerster overgedragen, namelijk Neumann, het plaatsvervangende afdelingshoofd van F+E/ET-Systeme/Netzwerk/IBS, en de ingenieurs Heck, Thiessen en Pavlina van de groep F+E/ET-Systeme.

8. Ferrotron, verweerster in het hoofdgeding, is gespecialiseerd in de ontwikkeling en

10. De producten die het voorwerp waren van de overeenkomst zijn in het assortiment van Ferrotron opgenomen en de ex-werknemers

van ET zijn in de bestaande organisatorische structuur van verweerster geïntegreerd. Zij vervullen taken die ook betrekking hebben op producten die niet van ET zijn overgenomen.

11. Op 17 juli 2006 werd jegens ET een faillissementsprocedure ingeleid.

12. Voor het Arbeitsgericht Wesel vorderde Klarenberg de voortzetting van zijn arbeidsverhouding met ET bij Ferrotron. Nadat het Arbeitsgericht zijn vordering had afgewezen, stelde Klarenberg beroep in bij het Landesarbeitsgericht Düsseldorf, waarin hij primair vorderde verweerster te veroordelen hem weer als afdelingshoofd aan te stellen onder de voorwaarden van de arbeidsovereenkomst met ET van 1 januari 1989, en subsidiair vast te stellen dat sedert 9 december 2005 een arbeidsverhouding met verweerster bestond.

13. Van oordeel dat de oplossing van het geschil afhing van de uitlegging van richtlijn 2001/23, heeft het Landesarbeitsgericht Düsseldorf het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is er enkel sprake van een overgang van een onderdeel van een onderneming of vestiging op een andere ondernemer in de zin van

artikel 1, lid 1, sub a en b, van richtlijn 2001/23, wanneer het onderdeel van de onderneming of vestiging door deze ondernemer als organisatorisch zelfstandig onderdeel van een onderneming of vestiging wordt voortgezet?”

III — Beoordeling

A — *Opmerkingen vooraf over de ontvanke-
lijkheid en het voorwerp van de prejudiciële
vraag*

14. Ferrotron betwist dat de prejudiciële vraag relevant is voor de beslechting van het geschil in het hoofdgeding en voert daartoe drie middelen aan.

15. In de eerste plaats stelt zij dat van een overgang in de zin van de richtlijn geen sprake is, omdat niet is aangetoond dat de door Ferrotron verkregen onderdelen een eenheid waren die het voorwerp van een dergelijke overgang kon vormen. In de tweede plaats voert zij aan dat, zelfs als er sprake zou zijn van een overgang in de zin van de richtlijn, dat niet meebrengt dat de arbeidsovereenkomst van verzoeker is overgegaan, omdat zijn taken bij ET grotendeels werden verricht in andere eenheden dan F+E/ET-Systeme en dus niet konden worden gezien als verbonden met

deze eenheid.⁵ In de derde plaats meent verweerster dat het recht van verzoeker om zich op de overgang van zijn overeenkomst te beroepen is vervallen, omdat hij op de hoogte was van de overeenkomst tussen Ferrotron en ET, maar gewacht heeft totdat de staat van insolventie van ET intrad voordat hij zijn vordering jegens verweerster instelde.

16. Met die argumenten verzoekt verweerster het Hof na te gaan of de prejudiciële vraag dienstig is voor de beslechting van het hoofdgeding, en dus ontvankelijk. In dat verband wijs ik erop dat het volgens vaste rechtspraak in beginsel uitsluitend aan de nationale rechter staat om, gelet op de bijzonderheden van elk geval, te oordelen over de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis alsmede over de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt.⁶ Hieruit volgt dat er een vermoeden van relevantie rust op de vragen die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn verantwoordelijkheid geschetste feitelijke en wettelijke kader, waarvan het Hof de juistheid

niet behoeft na te gaan.⁷ Het Hof kan een verzoek van een nationale rechter om een prejudiciële beslissing dus enkel afwijzen wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.⁸

17. Op basis van de rechtspraak van het Hof kunnen de argumenten van verweerster het vermoeden van relevantie ten gunste van de vraag die in dit geding aan de orde is, niet weerleggen.

18. Wat de stelling van Ferrotron aangaat dat niet zou zijn aangetoond dat er een eenheid was die het voorwerp van een overgang kon vormen, gaat de verwijzende rechter duidelijk van het tegengestelde standpunt uit; hij oordeelt immers dat de eenheid F+E/ET-Systeme, die betrokken was bij de overeenkomst tussen ET en Ferrotron, „een onderdeel [vormt] van een onderneming in de zin van § 613a, lid 1, eerste zin, BGB, dat is overgegaan op verweerster doordat verweerster de belangrijkste materiële productiemiddelen en de desbetreffende klanten- en leverancierslijsten heeft verworven en een deel van de in dit onderdeel van de onderneming tewerkgestelde werknemers met vakkennis heeft

5 — Overigens heeft het Hof zich al in het arrest van 7 februari 1985, Botzen e.a. (186/83, Jurispr. blz. 519), uitgesproken over een prejudiciële vraag die vergelijkbaar was met die in het tweede deel van het betoog van Ferrotron. In dat arrest heeft het Hof gepreciseerd dat, ingeval de overgang enkel betrekking heeft op een vestiging of een onderdeel ervan, dus een onderdeel van de onderneming, de bescherming van de richtlijn zich uitstrekt tot de werknemers die bij dit onderdeel van de onderneming zijn tewerkgesteld, aangezien „[e]en 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” (punt 15). Bovendien heeft het Hof in het arrest van 24 januari 2002, Temco (C-51/00, Jurispr. blz. I-969), verduidelijkt dat het in geval van overdracht van een onderdeel van een vestiging „voor de kwalificatie van de overgang wat de richtlijn betreft, niet van invloed [is], dat de overdragende onderneming na de overname van een van haar activiteiten door een andere onderneming blijft bestaan, en dat zij een deel van het in die activiteit tewerkgestelde personeel heeft behouden, wanneer de activiteit waarvan zij afstand heeft gedaan, op zichzelf een economische eenheid vormt” (punt 29).

6 — Zie arresten van 5 december 2000, Guimont (C-448/98, Jurispr. blz. I-10663, punt 22), en 5 maart 2002, Reisch e.a. (C-515/99, C-519/99–C-524/99 en C-526/99–C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punt 25).

7 — Zie arrest van 1 december 2005, Burtscher (C-213/04, Jurispr. blz. I-10309, punt 35).

8 — Zie arrest van 6 juni 2000, Angonese (C-281/98, Jurispr. blz. I-4139, punt 18).

overgenomen, en doordat de moederverenootschap van verweerster de rechten op de essentiële producten en technologieën heeft verworven”.⁹ De verwijzende rechter twijfelt echter aan de mogelijkheid de betrokken transactie te kwalificeren als een overgang in de zin van de nationale omzettingsregeling van de richtlijn vanwege de omstandigheid dat de overgedragen entiteit haar organisatorische zelfstandigheid bij de verkrijger niet heeft behouden.

19. De vraag of op het moment van de overdracht een eenheid bestond die kon overgaan, valt dus buiten het bestek van de prejudiciële verwijzing.

B — Het begrip overgang in de zin van richtlijn 2001/23

20. Zoals bekend bevatte richtlijn 77/187¹⁰ oorspronkelijk geen definitie van het begrip overgang. Pas bij richtlijn 98/50¹¹ is door middel van een wijziging van artikel 1 een definitie in de tekst van richtlijn 77/187 opgenomen. In verband met deze wijziging werd in de vierde overweging van de considerans van richtlijn 98/50 overwogen dat „het begrip overgang ter wille van de rechtszekerheid en de juridische transparantie verduidelijkt moet worden in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie” en gepreciseerd dat een dergelijke verduidelijking geen wijziging inhield van de werkings-

sfeer van richtlijn 77/187 zoals uitgelegd door het Hof.

21. Dezelfde definitie van het begrip overgang die bij richtlijn 98/50 werd ingevoerd wordt ook gegeven in artikel 1, lid 1, sub b, van richtlijn 2001/23, waarbij richtlijn 77/187 is ingetrokken. In de achtste overweging van de considerans van richtlijn 2001/23 wordt de inhoud van de vierde overweging van de considerans van richtlijn 98/50 herhaald en worden derhalve de tekst en de uitlegging van richtlijn 77/187 bevestigd. Richtlijn 2001/23 vormt de codificatie daarvan.¹²

22. Om het begrip overgang in de zin van richtlijn 2001/23 te verduidelijken, moet ik dus teruggrijpen op de rechtspraak waarin het Hof richtlijn 77/187 uitlegt.

23. De materiële werkings sfeer van de richtlijn is vanaf het begin bijzonder ruim omschreven; zij is van toepassing „telkens

9 — Zie deel II, nummer 3, van de verwijzingsbeschikking.

10 — Zie punt 3 hierboven.

11 — Zie voetnoot 4 hierboven.

12 — Zie de eerste overweging van de considerans van richtlijn 2001/23.

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”.¹³

24. In het arrest *Spijkers*¹⁴ van 1986 heeft het Hof naar aanleiding van een vraag van de Hoge Raad over de elementen die meegevoegen moesten worden bij de vaststelling of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn, een definitie gegeven van het begrip overgang waarvan de bewoordingen in alle latere rechtspraak steeds worden hernomen.

25. In dat arrest heeft het Hof, rekening houdend met de doelstelling van de richtlijn, namelijk „ook bij verandering van ondernemer de continuïteit van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen te waarborgen”, in de eerste plaats geoordeeld dat het beslissende criterium voor de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn en niet van een gewone vervreemding van bedrijfsmiddelen, is „of *de identiteit van het bedrijf bewaard blijft*”.¹⁵ Vervolgens heeft het gepreciseerd dat in een geval als aan de Hoge Raad was voorgelegd — waarbij de vervreemder op het tijdstip van de overgang geen enkele bedrijfsactiviteit meer verrichtte — moest „worden onderzocht, of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit

dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten”.¹⁶ Daarnaast preciseerde het Hof dat, om vast te stellen of aan deze voorwaarden is voldaan, „rekening [moet] 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”.¹⁷ Al deze factoren zijn volgens het Hof „slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld”.¹⁸ Tot slot gaf het aan dat de feitelijke beoordeling die noodzakelijk is om vast te stellen of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn, tot de bevoegdheid van de nationale rechter behoort, die hij uitoefent in het licht van de uitleggingscriteria van het Hof.

26. In het arrest *Spijkers* heeft het Hof, net als in een groot deel van de latere rechtspraak¹⁹ (ten minste tot aan het einde van de jaren negentig), veel belang gehecht aan de omstandigheid dat de bedrijfsactiviteiten van de

16 — Punt 12 en 15.

17 — Punt 13.

18 — Punt 13.

19 — Zie onder meer arrest van 10 februari 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* (324/86, Jurispr. blz. 739, punt 10); arrest *Bork International e.a.*, aangehaald in voetnoot 13, punt 14; arresten van 19 mei 1992, *Redmond Stichting* (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189, punt 31); 12 november 1992, *Watson Rask en Christensen* (C-209/91, Jurispr. blz. I-5755, punt 19), en 7 maart 1996, *Mercx en Neuhuys* (C-171/94 en C-172/94, blz. I-1253, punt 16).

13 — Zie arresten van 17 december 1987, *Ny Mølle Kro* (287/86, Jurispr. blz. 5465, punt 12); 5 mei 1988, *Berg* (144/87 en 145/87, Jurispr. blz. 2559, punt 17), en 15 juni 1988, *Bork International e.a.* (101/87, Jurispr. blz. 3057, punt 13).

14 — Zie arrest van 18 maart 1986 (24/85, Jurispr. blz. 1119).

15 — Punt 11. Cursivering van mij.

vervreemder, of soortgelijke activiteiten, *door de verkrijger worden voortgezet of hervat*. Het behoud van de identiteit van de overgedragen economische eenheid lijkt in wezen samen te vallen met de capaciteit na de overgang haar activiteit voort te zetten en levensvatbaar te blijven.²⁰ Deze uitlegging werd gestaafd door de omstandigheid dat het Hof enkel in geval van faillissement of liquidatie van een onderneming heeft uitgesloten dat sprake was van een overgang.²¹ Ook in het kader van deze rechtspraak maakte het Hof overigens onderscheid tussen faillissementsprocedures die strekten tot de vereffening van goederen en procedures waarin de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten was beoogd: in dat laatste geval bleef de richtlijn van toepassing.²²

27. Met het arrest Sūzen²³ is het Hof echter een andere weg ingeslagen.

28. In die zaak was het Hof verzocht vast te stellen of richtlijn 77/187 eveneens toepassing vond in een situatie waarin een opdrachtgever die het schoonmaken van zijn lokalen aan een ondernemer heeft opgedragen, de overeenkomst met deze ondernemer opzegt en met een andere ondernemer een nieuwe overeenkomst sluit voor de uitvoering van soortgelijke werkzaamheden, zonder dat dit gepaard gaat met de overdracht van materiële of immateriële activa, en zonder dat de nieuwe onder-

nemer een wezenlijk deel van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor de uitvoering van zijn overeenkomst had ingezet. Het Hof omschreef het begrip economische entiteit als „een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend”²⁴, en oordeelde dat „niet reeds op grond van de omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten verrichten, [kan] worden geconcludeerd dat er sprake is van een overdracht van een economische entiteit. Een entiteit kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast”, vervolgde het Hof, maar „[h]aar identiteit blijkt eveneens uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen”.²⁵

29. Aan deze uitlegging heeft het Hof in de daaropvolgende arresten²⁶ vastgehouden. Daarin legt het minder de nadruk op de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten door de verkrijger en meer op een globale beoordeling van alle omstandigheden die de overdracht kenmerken. In het kader van die beoordeling varieert het gewicht van de afzonderlijke elementen die worden meege-

20 — De uitdrukking is afkomstig uit de conclusie van advocaat-generaal Mancini in de zaak Berg (aangehaald in voetnoot 13, Jurispr. blz. 2573).

21 — Zie arresten van 7 februari 1985, Abels (135/83, Jurispr. blz. 469), en 11 juli 1985 (105/84, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, Jurispr. blz. 2639).

22 — Zie ook arresten van 25 juli 1991, d’Urso e.a. (C-362/89, Jurispr. blz. I-4105); 7 december 1995, Spano e.a. (C-472/93, Jurispr. blz. I-4321, punten 24-29), en 12 maart 1998, Dethier Équipement (C-319/94, Jurispr. blz. I-1061, punten 31 en 32).

23 — Arrest van 11 maart 1997 (C-13/95, Jurispr. blz. I-1259).

24 — Punt 13. Al in het arrest van 19 september 1995, Rygaard (C-48/94, Jurispr. blz. I-2745, punt 20), had het Hof gepreciseerd dat voor de toepassing van de richtlijn vereist is, „dat de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische eenheid, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt”.

25 — Punt 15. Cursivering van mij. In zijn conclusie had advocaat-generaal La Pergola het Hof aangespoord het criterium van de voortzetting van de bedrijfsactiviteiten te vervangen door dat van de overdracht van activa van de vervreemder aan de verkrijger.

26 — Zie arresten van 10 december 1998, Hernández Vidal e.a. (C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Jurispr. blz. I-8179, punt 30); 10 december 1998, Hidalgo e.a. (C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 30); 25 januari 2001, Liikenne (C-172/99, Jurispr. blz. I-745, punt 34), en 20 november 2003, Abler e.a. (C-340/01, Jurispr. blz. I-14023, punt 35).

wogen naar gelang de kenmerken van het geval²⁷, zonder dat een element kan worden aangewezen dat in abstracto een groter gewicht heeft dan de andere. In dat verband heeft het Hof zelfs uitgemaakt dat „het doel van de richtlijn [...] het behoud van de rechten van de werknemers [is] en *dit kan niet afhankelijk zijn van het in aanmerking nemen van één enkele factor*”²⁸, ook al is dat een van de factoren die aan de beoordeling ten grondslag moeten liggen.

30. Zo heeft het Hof het bijvoorbeeld een relevante, maar niet beslissende omstandigheid geacht dat de onderneming op het tijdstip van de overgang tijdelijk gesloten was en dus geen werknemers in dienst had, met name bij seizoenbedrijven.²⁹ Hoewel de overdracht van activa een van de criteria is waarmee bij het globale onderzoek van de transactie rekening moet worden gehouden, betekent het ontbreken ervan volgens het Hof niet dat de transactie niet binnen de werkings-sfeer van de richtlijn valt³⁰, tenzij het gaat om ondernemingen die actief zijn in sectoren

„waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit”³¹. Bovendien kan de omstandigheid dat een wezenlijk deel — qua aantal en deskundigheid — van het personeel van de vorige ondernemer wordt overgenomen, in combinatie met de voortzetting van de bedrijfsactiviteit, wellicht voldoende zijn om een overgang in de zin van de richtlijn op te leveren in sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit³², maar in andere gevallen kan zij niet van doorslaggevend belang zijn³³. Tot slot heeft het Hof in het arrest *Mayeur*³⁴ uitgemaakt dat „niet [valt] uit te sluiten dat onder bepaalde omstandigheden factoren als de organisatie, de werking, de financiering, het beheer en de toepasselijke rechtsregels een economische eenheid zodanig kenmerken dat bij wijziging van zulke factoren als gevolg van de overgang van de eenheid ook de identiteit daarvan verandert”³⁵. Het heeft die hypothese in dat geval echter uitgesloten; het ging namelijk om „een gemeente, dat wil zeggen een publiekrechtelijke rechtspersoon die handelt binnen het kader van specifieke regels van administratief recht, [die] een activiteit overneemt, bestaande in het reclame maken voor en informatie verstrekken over de door haar aan het publiek aangeboden diensten, welke activiteit tot dusver in het belang van die gemeente werd verricht door een vereniging zonder winstoogmerk, dat wil zeggen een privaatrechtelijke rechtspersoon”³⁶. In dat arrest heeft het Hof onder de verschillende

27 — Zie in deze zin de arresten *Süzen*, aangehaald in voetnoot 23, punt 18, en *Hernández Vidal e.a.*, aangehaald in de vorige voetnoot, punt 31; arrest *Temco*, aangehaald in voetnoot 5, punt 25; arresten van 9 december 2004, Commissie/Italië (C-460/02, Jurispr. blz. I-11547, punt 41), en 15 december 2005, Güney-Görres en Demir (C-232/04 en C-233/04, Jurispr. blz. I-11237, punt 35), en arrest *Liikenne*, aangehaald in de vorige voetnoot, punt 35.

28 — Zie arrest van 14 april 1994, *Schmidt* (C-392/92, Jurispr. blz. I-1311, punt 16). *Cursivering van mij*.

29 — Zie arrest *Ny Mølle Kro*, aangehaald in voetnoot 13, punten 19 en 20.

30 — Zie arresten *Schmidt*, aangehaald in voetnoot 28, punt 16; *Merckx en Neuhuys*, aangehaald in voetnoot 19, punt 21; *Süzen*, aangehaald in voetnoot 23, punt 17, en *Temco*, aangehaald in voetnoot 5, punt 25.

31 — Zie arrest *Liikenne*, aangehaald in voetnoot 26, punten 39-42. In dat arrest heeft het Hof uitgesloten dat de richtlijn van toepassing is op de overgang in een openbare aanbesteding van diensten in de sector van het openbaar vervoer per autobus, ook al heeft de nieuwe opdrachtnemer een wezenlijk deel van het personeel van de vorige opdrachtnemer overgenomen en is de klantenkring overgedragen.

32 — Zie arresten *Süzen*, aangehaald in voetnoot 23, punt 21; *Hernández Vidal e.a.*, aangehaald in voetnoot 26, punt 32; *Hidalgo e.a.*, aangehaald in voetnoot 26, punt 32, en *Temco*, aangehaald in voetnoot 5, punt 26.

33 — Zie bijvoorbeeld arresten *Liikenne*, aangehaald in voetnoot 26, en *Abler e.a.*, aangehaald in voetnoot 26, punt 37.

34 — Arrest van 26 september 2000 (C-175/99, Jurispr. blz. I-7755, punt 49).

35 — Punt 53.

36 — *Dictum* van het arrest.

in aanmerking genomen factoren met name belang gehecht aan de omstandigheid dat de gemeente de activiteit die voorheen door de vereniging werd verricht, met name dat deel van de activiteit dat verband hield met de taken van verzoeker in het hoofdgeding, heeft voortgezet.³⁷

31. Uit deze korte analyse blijkt dat het Hof de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van richtlijn 77/178 in wezen van geval tot geval heeft beoordeeld.

32. Door deze benadering te kiezen heeft het Hof zonder twijfel, zoals advocaat-generaal La Pergola al heeft opgemerkt, „de nodige flexibiliteit [gehandhaafd] bij de toepassing van de criteria op de verschillende situaties die zich in de economie in de Gemeenschap kunnen voordoen”³⁸, maar tegelijkertijd heeft het ervan afgezien de wezenlijke kenmerken van het begrip overgang van een onderneming te omschrijven, dat wil zeggen de minimuminhoud ervan — dat wat een dergelijke overgang concreet onderscheidt van een gewone overdracht van bedrijfsmiddelen — met het gevolg dat de grenzen van de bescherming van de richtlijn vloeiender, maar ook minder duidelijk zijn geworden.

33. Na deze inleidende opmerkingen zal ik nu de vraag van de verwijzende rechter behandelen.

C — *De prejudiciële vraag*

34. De verwijzende rechter vraagt het Hof in wezen of er sprake is van een overgang van een onderdeel van een onderneming of vestiging in de zin van artikel 1, lid 1, sub a en b, van richtlijn 2001/23, wanneer de nieuwe ondernemer de organisatorische zelfstandigheid van de verkregen elementen niet heeft behouden, maar ze in de eigen bestaande organisatorische structuur heeft ingevoegd. Volgens de uiteenzetting in de verwijzingsbeschikking ziet het Bundesarbeitsgericht in zijn recente rechtspraak in die omstandigheden een gewone overdracht van bedrijfsmiddelen en sluit het een overgang in de zin van de nationale omzettingsregelgeving van de richtlijn uit.

35. Verweerster in het hoofdgeding verwijst naar de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht en voert aan dat de overgedragen eenheid haar identiteit niet behoudt als ze haar organisatorische zelfstandigheid na de overdracht verliest, zoals in het geval waarin de verkregen middelen door de verkrijger in een geheel nieuwe organisatorische structuur worden ingevoegd. In casu is de organisatie van de werkzaamheden bij Ferrotron gebaseerd op een onderverdeling naar activiteiten en niet naar producten, zoals bij ET. De werknemers van ET en de verschillende elementen die door Ferrotron zijn overgenomen, zijn dus ingevoegd in de structuur van de verkrijger op basis van een nieuwe organisatie van de werkzaamheden.

36. De Duitse regering en de Commissie zijn echter een andere mening toegedaan. Onder

³⁷ — Zie punt 54.

³⁸ — Conclusie in de zaak Süzen, aangehaald in voetnoot 23.

verwijzing naar de rechtspraak van het Hof stellen zij dat de vraag of sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn moet worden beantwoord in het kader van een algemene beoordeling waarin alle factoren in aanmerking worden genomen. Het behoud van de organisatorische zelfstandigheid van de overgedragen eenheid is slechts een van de criteria die bij deze beoordeling moeten worden aangelegd.

37. Ik onderschrijf dit laatste standpunt.

38. Het strookt om te beginnen met de casuïstische benadering van het Hof tot nog toe en met de nadruk die het heeft gelegd op het vereiste dat voor elke transactie alle kenmerkende omstandigheden van het geval moeten worden meegewogen. Deze benadering lijkt methodologisch niet verenigbaar met de uitsluiting van een overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn op basis van één enkel element, dat uit het verband van een algemene beoordeling is gelicht.³⁹

39. Het staat buiten kijf dat de organisatorische factor in het algemeen mede de „identiteit” van de overgedragen economische eenheid bepaalt⁴⁰ en dat deze, zoals het Hof in het arrest *Mayeur*⁴¹ erkent, in bepaalde gevallen naast factoren als de werking, de financiering, het beheer en de toepasselijke

rechtsregels deze eenheid zodanig kenmerkt dat wijziging ervan als gevolg van de overgang ook de identiteit van de eenheid verandert.⁴²

40. Niettemin zijn in de rechtspraak diverse voorbeelden te vinden van zaken waarin het Hof heeft vastgesteld dat een verandering van de organisatorische structuur van de overgedragen eenheid⁴³ of een wijziging in de organisatie van de werkzaamheden⁴⁴ niet van dien aard was dat er geen sprake meer was van een overgang in de zin van de richtlijn, ook wanneer deze wijzigingen neerkwamen op een radicale transformatie van het beheer van de overgedragen eenheid, die haar weerslag had op de mogelijkheid de arbeidsverhouding van de overgenomen werknemers met de verkrijger voort te zetten.⁴⁵

41. Tot staving van haar standpunt verwijst verweerster naar het begrip economische eenheid dat in de rechtspraak is uitgewerkt en in artikel 1, lid 1, sub b, van richtlijn 2001/23 is gecodificeerd. Zij beweert dat de

39 — Zie in die zin arrest *Schmidt*, aangehaald in voetnoot 28.

40 — Zie arrest *Süzen*, aangehaald in voetnoot 23, en de in voetnoot 26 aangehaalde rechtspraak.

41 — Aangehaald in voetnoot 34.

42 — Punt 53.

43 — Zie bijvoorbeeld arrest *Merckx en Neuhuys*, aangehaald in voetnoot 19, en arrest van 13 september 2007, *Jouini e.a.* (C-458/05, *Jurispr.* blz. I-7301).

44 — De beslissing het schoonmaken van lokalen in eigen beheer te nemen en met eigen personeel te gaan verrichten, vormt bijvoorbeeld een wijziging van de organisatie van de werkzaamheden, maar dat betekent niet dat er geen overgang is (zie onder meer arrest *Hernández Vidal e.a.*, aangehaald in voetnoot 26).

45 — Zie arrest *Mayeur*, aangehaald in voetnoot 34.

overgedragen eenheid haar identiteit enkel behoudt indien de organisatorische band die het geheel van de persoonlijke en materiële elementen in de eenheid verenigt, bij de verkrijger behouden blijft.

42. Op grond van artikel 1, lid 1, sub b, van richtlijn 2001/23 wordt in de richtlijn als overgang beschouwd de overgang, „met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid [...], waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan”, die ondanks de overgang haar identiteit behoudt. Deze bepaling verwijst inderdaad naar de organisatorische factor als kwalificerend element van het begrip „economische eenheid” en onderscheidend kenmerk van haar identiteit. Deze verwijzing heeft mijns inziens geen betrekking op de specifieke wijze waarop de ondernemer de diverse productiefactoren heeft georganiseerd, maar op de band die deze onderling samenhangende, elkaar aanvullende factoren verenigt, waardoor zij gezamenlijk bijdragen tot de uitoefening van een bepaalde economische activiteit.

43. Anders dan verweerster lijkt te beweren, verdwijnt deze band niet per se door de integratie van de overgedragen eenheid in de structuur van de verkrijger, als die wat omvang en/of organisatie betreft afwijkt van die van de vervreemder.

44. Met andere woorden, voor het behoud van de identiteit van de overgedragen eenheid is niet vereist dat de „organisatorische zelf-

standigheid”, in de zin die verweerster eraan geeft — structurele zelfstandigheid — behouden blijft, maar wel het behoud van de band die de diverse overgedragen factoren tot een doelgerichte, functionele eenheid maakt, waardoor de nieuwe ondernemer deze kan gebruiken voor een specifieke economische activiteit, ook al zijn ze in een nieuwe organisatorische structuur ingevoegd.

45. In de casus die in het hoofdgeding aan de orde is, heeft Ferrotron een geheel van factoren verkregen die zijn bedoeld voor het vervaardigen en in de handel brengen van bepaalde producten. Anders dan de vertegenwoordiger van verweerster ter terechtzitting heeft gesteld, heeft deze transactie niet enkel het personeelsbestand van Ferrotron versterkt, maar Ferrotron ook in staat gesteld een nieuw productengamma toe te voegen aan het assortiment van de onderneming. Daarnaast staat vast dat Ferrotron de voorheen door ET verrichte activiteit heeft voortgezet door middel van het georganiseerde geheel van persoonlijke, materiële en immateriële elementen die door Ferrotron zijn verkregen, hoewel de overgenomen werknemers in de structuur van verweerster zijn ingevoegd en hun taken uitvoeren in een organisatorische context die aanzienlijk afwijkt van die bij ET.

46. Onder die omstandigheden is het aanneemelijk dat de band tussen de verschillende door Ferrotron verkregen elementen, die een geheel van georganiseerde middelen met het oog op een economisch activiteit vormden, na de overgang niet is verdwenen, ondanks de wijzigingen in de organisatie van de werkzaamheden. Anderzijds blijkt duidelijk uit de

omstandigheid dat contractueel is bedongen dat ET in de twee jaar na de overdracht ander gekwalificeerd personeel ter beschikking van Ferrotron zou stellen in het geval het reeds overgenomen personeel niet beschikbaar zou zijn, of anders het personeel van Ferrotron zou opleiden, dat de verkrijger erkende dat de verkregen productiefactoren onderling afhankelijk waren en dat die relatie behouden moest blijven om de overgenomen activiteit voort te kunnen zetten.

47. Het staat evenwel aan de nationale rechter het noodzakelijke onderzoek te verrichten om, rekening houdende met alle omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken en de relevante factoren, waaronder ook de organisatie in de hierboven vermelde zin⁴⁶, vast te stellen of de overgedragen eenheid in casu haar identiteit na de overgang heeft behouden, zoals in de rechtspraak van het Hof wordt geëist.

48. Verweerster stelt tot slot dat de doelstelling van de richtlijn, namelijk het behoud van de arbeidsverhouding van werknemers die bij een overgang zijn betrokken, in geval van verlies van de organisatorische zelfstandigheid van de economische eenheid na de overgang hoe dan ook niet haalbaar is. In dat verband onderstreept zij dat in de nieuwe organisatie van de werkzaamheden bij Ferrotron geen functie bestaat die overeenkomt met de positie die Klarenberg bij ET had.

49. In de zaak die tot het arrest *Mayer*⁴⁷ heeft geleid, werd door Frankrijk een argument aangevoerd dat in bepaalde opzichten vergelijkbaar was met dat van Ferrotron. In een poging een overgang in de zin van richtlijn 77/187 in die zaak uit te sluiten, stelde de Franse regering onder meer dat een openbare dienst die een voorheen door een privaatrechtelijke rechtspersoon beheerde activiteit overneemt, ingevolge het nationale recht de door die rechtspersoon aangegane arbeidsovereenkomsten dient te beëindigen. Het Hof heeft overwogen dat het gegeven dat de arbeidsovereenkomsten onmogelijk konden worden voortgezet, niet van invloed was op de vaststelling van een overgang. Het oordeelde dat de verplichting de arbeidsovereenkomsten op te zeggen, gelet op artikel 4, lid 2, van de richtlijn, moest worden aangemerkt als een wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer, die rechtstreeks het gevolg was van de overgang, zodat die arbeidsovereenkomsten moeten worden geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.⁴⁸

50. Ter afsluiting van mijn analyse nog het volgende. De hypothese van een overgang van niet de gehele onderneming maar een onderdeel ervan wordt uitdrukkelijk genoemd in richtlijn 2001/23, en de bescherming van de richtlijn geldt ook voor de daarbij betrokken werknemers. Juist in een dergelijk geval riskeert de grenslijn tussen overgang en gewone vervreemding van productiefactoren

46 — Zie punten 42-44.

47 — Aangehaald in voetnoot 34.

48 — Punt 56.

wel erg smal te worden, waardoor het moeilijker wordt de criteria te bepalen aan de hand waarvan de twee gevallen kunnen worden onderscheiden, en het risico toeneemt dat gevallen van de werkingssfeer van de richtlijn worden uitgesloten die er juist wel onder hadden gehoord. Wanneer de integratie van de overgedragen elementen in de organisatorische structuur van de verkrijgende onderneming op zich volstond om een overgang in de zin van de richtlijn uit te sluiten, zou het bijzonder moeilijk zijn de richtlijn toe te passen in gevallen van overdracht van een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de transactie betrekking heeft op de overdracht van een activiteit tussen ondernemingen die actief zijn

op dezelfde markt en elk een eigen organisatorische structuur hebben, zoals in het onderhavige geval.

51. Uit het voorgaande volgt dat de omstandigheid dat een overgedragen onderdeel van een onderneming of vestiging door de nieuwe ondernemer niet als organisatorisch zelfstandig onderdeel van de onderneming of vestiging wordt voortgezet, op zich niet volstaat om uit te sluiten dat er sprake is van een overgang in de zin van richtlijn 2001/23.

IV — Conclusie

52. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Landesarbeitsgericht Düsseldorf als volgt te beantwoorden:

„Artikel 1, lid 1, sub a en b, van richtlijn 2001/23 van de Raad van 12 maart 2001 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 van ondernemingen of vestigingen, moet aldus worden uitgelegd dat de omstandigheid dat een overgedragen onderdeel van een onderneming of vestiging door de nieuwe ondernemer niet als organisatorisch zelfstandig onderdeel van de onderneming of vestiging wordt voortgezet, zich niet verzet tegen de kwalificatie van overgang, mits de overgedragen eenheid haar identiteit behoudt.”