

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

V. TRSTENJAK

van 26 oktober 2010¹**I – Inleiding**

1. Het Tribunal Superior de Justicia van Castilla-La Mancha (hierna: „verwijzende rechter”) verzoekt het Hof krachtens artikel 234 EG² om een prejudiciële uitlegging 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.³

2. Dit verzoek om prejudiciële uitlegging is ingediend in het kader van een geding tussen María Socorro Martín (hierna: „verzoekster in het hoofdgeding”), een werkneemster die tot dusver in dienst was bij het schoonmaakbedrijf CLECE SA (hierna: „CLECE”), en het Ayuntamiento de Cobisa (gemeente

Cobisa) betreffende uit haar arbeidsverhouding met CLECE voortvloeiende rechten. In beroep verzet zij zich met name op basis van de bij richtlijn 2001/23 aan de werknemers bij overgang van ondernemingen gegarandeerde rechten tegen haar ontslag dat haars inziens onregelmatig is.

3. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of richtlijn 2001/23 van toepassing is ingeval een gemeentebestuur dat voorheen een particuliere onderneming met de schoonmaak van zijn lokalen belastte, deze opdracht vervolgens opzegt om zelf voor de schoonmaak te zorgen en daarvoor uitsluitend nieuw personeel in dienst neemt. Juridisch gesproken gaat het om de reikwijdte van de werkingssfeer van deze Unierechtelijke regeling, waarbij het Hof in eerste instantie zal moeten nagaan of is voldaan aan de voor overgang van ondernemingen noodzakelijke voorwaarde van behoud van een economische eenheid, wanneer de „overgang” geen overdracht van bedrijfsmiddelen of overname van werknemers,

1 — Oorspronkelijke taal: Duits. Procestaal: Spaans.

2 — De prejudiciële procedure is ingevolge het Verdrag van Lisabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap van 13 december 2007 (PB C 306, blz. 1) thans geregeld in artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

3 — PB L 82, blz. 16.

maar veeleer als zodanig alleen voortzetting van de taken inhoudt.

6. Punt 8 van de considerans van deze richtlijn luidt:

„Het begrip overgang moet ter wille van de rechtszekerheid en de juridische transparantie verduidelijkt worden in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Een dergelijke verduidelijking vormt geen wijziging van de werkingssfeer van richtlijn 77/187/EEG zoals uitgelegd door het Hof van Justitie.”

II – Toepasselijke bepalingen

A – *Unierecht*⁴

4. Richtlijn 2001/23 gaat over tot codificatie 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 van ondernemingen of vestigingen⁵ in de bij richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998⁶ gewijzigde versie.

5. Punt 3 van de considerans van richtlijn 2001/23 luidt: „Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.”

4 — Uitgaande van de in het VEU en het VWEU gebruikte bewoordingen wordt het begrip „unierecht” hier gebruikt als gezamenlijk begrip voor het gemeenschapsrecht en het unierecht. Voor zover de afzonderlijke bepalingen van primair recht in deze conclusie aan de orde zijn, geef ik ze ratione temporis.

5 — PB L 61, blz. 26.

6 — PB L 201, blz. 88.

7. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„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 onder 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.”

B – *Nationaal recht*

1. Wetgeving

8. Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn luidt:

„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.”

9. Artikel 4, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn bepaalt:

„De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.”

10. Artikel 44, lid 1, van de Ley del Estatuto de los Trabajadores van 24 maart 1995 (hierna: „werknemersstatuut”), die richtlijn 2001/23 omzet, bepaalt:

„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 en de sociale zekerheid voortvloeiende rechten en verplichtingen van de vorige werkgever, met inbegrip van de pensioenverplichtingen, onder de in de toepasselijke bijzondere regelgeving gestelde voorwaarden en, in het algemeen, in alle verplichtingen inzake aanvullende sociale bescherming die de overdrager is aangegaan.”

11. Lid 2 van dit artikel bepaalt: „In dit artikel [...] geldt als overgang van onderneming [...] 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.” Deze definitie komt overeen met de

definitie in artikel 1, lid 1, sub b, van richtlijn 2001/23.

III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vraag

2. Collectieve arbeidsovereenkomst

12. Artikel 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de schoonmaak van de gebouwen en de lokalen van de provincie Toledo, bekendgemaakt in *Boletín Oficial de la Provincia de Toledo* nr. 269 van 22 november 2005, bepaalt:

„Wanneer een onderneming, waarin een contractant het schoonmaakonderhoud verzorgt, dit onderhoud rechtstreeks op zich neemt, is zij niet gehouden het personeel dat deze dienst voor rekening van de contractant-concessiehouder verrichtte, in dienst te houden indien zij het schoonmaakonderhoud door eigen personeel laat verrichten. Zij moet daarentegen de werknemers van de vorige concessiehouder overnemen indien zij nieuw personeel voor deze schoonmaakdienst wenst aan te werven.”

13. Verzoekster in het hoofdgeding werkte sinds 25 maart 2004 als schoonmaakster in dienst van CLECE SA. Zij werkte in de gebouwen van het Ayuntamiento de Cobisa (Toledo) krachtens een op 27 mei 2003 tussen de twee medeverweerders gesloten contract voor schoonmaakdiensten in gemeentescholen en -gebouwen. Blijkens de verwijzingsbeslissing was voor deze arbeid geen bijzondere uitrusting vereist.

14. Na een verlenging van het contract gaf het Ayuntamiento CLECE, medeverweester, op 9 november 2007 kennis van de opzegging van het schoonmaakcontract met ingang van 31 december 2007. Op 2 januari 2008 deelde deze onderneming verzoekster in het hoofdgeding mee dat zij met ingang van 1 januari 2008 zou behoren tot het personeel van het Ayuntamiento, dat werd belast met het schoonmaken van de gebouwen van het Ayuntamiento. Het Ayuntamiento zal overeenkomstig de vigerende collectieve arbeidsovereenkomst voor het schoonmaken van de gebouwen en de lokalen van Toledo in alle rechten en plichten treden die tot dusver op de arbeidsverhouding van toepassing waren.

15. Verzoekster in het hoofdgeding kwam op 2 januari 2008 naar haar arbeidsplaats in de

gebouwen van het Ayuntamiento, maar kreeg verbod om te werken. CLECE heeft haar geen nieuwe arbeidsplaats gegeven. Voorts, aldus de verwijzingsbeslissing, heeft het Ayuntamiento, medeverweerder, op 10 januari 2008 voor het schoonmaken van zijn gebouwen via een op 21 januari 2007 gecreëerde arbeidsbeurs vijf werknemers aangeworven.

werknemersstatuut en de door haar aangehaalde rechtspraak.

16. Op de vordering van verzoekster in het hoofdgeding tegen CLECE en het Ayuntamiento de Cobisa wegens onregelmatig ontslag is bij vonnis van de Juzgado de lo Social Nº 2 de Toledo beslist dat dit laatste passieve legitimatie miste, terwijl de vordering tegen CLECE, medeverweester, is toegewezen, het ontslag onregelmatig is verklaard, en CLECE is veroordeeld om naar keuze verzoekster in het hoofdgeding of in dienst te nemen onder dezelfde voorwaarden als vóór haar ontslag ofwel haar een vergoeding van 6507,10EUR te betalen, waarbij in elk geval het tijdens de procedure gederfde loon moet worden betaald.

18. De verwijzende rechter betwijfelt in zijn beslissing of richtlijn 2001/23 toepasselijk is op het hoofdgeding. Hij heeft derhalve de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Wanneer een gemeente het schoonmaken van haar verschillende gebouwen dat voorheen door een contracterende onderneming werd verricht, overneemt of op zich neemt en daarvoor nieuw personeel aanwerft, valt dit dan binnen de werkingssfeer van richtlijn 2003/23, als gedefinieerd in artikel 1, lid 1, sub a en b, ervan?”

IV – Procesverloop voor het Hof

17. In haar op 26 december 2008 bij de verwijzende rechter tegen dat vonnis ingestelde hoger beroep stelt CLECE samengevat dat het Ayuntamiento voor de arbeidsverhouding met de verzoekster in het hoofdgeding in haar plaats is getreden krachtens artikel 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst voor het schoonmaken van de gebouwen en lokalen van Toledo juncto artikel 44 van het

19. De verwijzingsbeslissing van 20 oktober 2009 is op 25 november 2009 ter griffie van het Hof ingekomen.

20. De regering van het Koninkrijk Spanje en de Commissie hebben binnen de in artikel 23 van het Statuut van het Hof gestelde termijn schriftelijke opmerkingen ingediend.

21. Aangezien geen der belanghebbenden om een terechtzitting heeft verzocht, kon in deze zaak na de algemene vergadering van het Hof op 31 augustus 2010 de onderhavige conclusie worden genomen.

V – Voornaamste argumenten van partijen

22. Volgens de *Spaanse regering* valt een situatie als in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/23, ofschoon de voortzetting respectievelijk de overname van de schoonmaakactiviteit strikt genomen niet overeenkomt met het concept van een overgang in handelsrechtelijke zin.

23. In het hoofdgeding beschikte het Ayuntamiento niet over het noodzakelijke personeel voor het schoonmaken van zijn gebouwen en moest het dus nieuw personeel aanwerven. In een dergelijk geval moet de rechtspraak van het Hof toepassing vinden vooral omdat ongetwijfeld de taken van CLECE aan het Ayuntamiento zijn overgedragen, het doel hetzelfde bleef, namelijk schoonmaak, het Ayuntamiento een stabiele en autonome organisatiestructuur heeft, ofschoon zijn doel veel ruimer is dan louter en alleen schoonmaken, hetgeen een nevendoeel naast het

hoofddoel van een gemeentebestuur is, en ten slotte het aantal personeelsleden van de overdragende onderneming nagenoeg uitsluitend uit eigen personeel bestond.

24. Volgens de *Commissie* vindt richtlijn 2001/23 daarentegen geen toepassing op een situatie waarin het Ayuntamiento, dat aanvankelijk een particuliere onderneming met het schoonmaken van zijn gebouwen belastte, het contract opzegt en vervolgens de schoonmaakactiviteit op zich neemt, wanneer het niet een zowel naar aantal als deskundigheid wezenlijk deel van de werknemers overneemt, die de particuliere onderneming voor de uitvoering van het contract inzette.

25. Het Hof heeft namelijk meermaals verklaard dat van overgang in de schoonmaaksector sprake kan zijn, wanneer de nieuwe werkgever niet alleen de schoonmaakactiviteit voortzet, maar een deel van het personeel van de onderaannemer overneemt, voor zover de overname van het personeel een naar aantal en deskundigheid aanzienlijk deel omvat van het door de onderaannemer voor de uitvoering van de opdracht ingezette personeel.⁷

⁷ — Arresten van 11 maart 1997, Süzen (C-13/95, Jurispr. blz. I-1259, punt 23), 10 december 1998, Hernández Vidal e.a. (C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Jurispr. blz. I-8179, punt 32) en 24 januari 2002, Temco (C-51/00, Jurispr. blz. I-969, punt 33).

26. Volgens de Commissie blijkt uit de verwijzingsbeslissing niet duidelijk of verzoeker in het hoofdgeding de enige door CLECE in de gebouwen van het Ayuntamiento ingezette arbeidskracht was. Aangezien laatstgenoemde vijf werknemers heeft aangeworven om de tot dusver door de onderaannemer verrichte schoonmaakactiviteit voort te zetten, kan CLECE een soortgelijk aantal werknemers hebben ingezet. Uit de verwijzingsbeslissing is hoe dan ook af te leiden dat geen van de vroegere werknemers ingezet blijft en het Ayuntamiento in hun plaats voor het schoonmaken van zijn gebouwen via een arbeidsbeurs vijf nieuwe werknemers heeft ingezet. Tegen deze achtergrond is geen „economische eenheid” overgedragen zodat er geen sprake is van „overgang” in de zin van richtlijn 2001/23.

supranationaal een alomvattend concept tot bescherming van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen ontwikkeld. De richtlijn die strekt tot een gedeeltelijke harmonisatie van het nationale arbeidsrecht, bepaalt in wezen dat de rechten en plichten voor de vervreemder krachtens een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking door deze overgang op de verkrijger overgaan. Zij strekt dus in wezen tot de garantie dat de arbeidsverhouding met de verkrijger zoveel mogelijk ongewijzigd behouden blijft om te voorkomen dat de door de overgang van de onderneming betrokken werknemers op de enkele grond van de overgang slechter af zouden zijn.⁸ Naast deze sociaal-politiek gemotiveerde bescherming van de werknemers strekte de op artikel 94 EG gebaseerde richtlijn 77/187 ertoe de werking van de gemeenschappelijke markt te garanderen daar volgens de gemeenschapswetgever een verschillend beschermingsniveau van werknemers bij overgang van ondernemingen en vestigingen binnen de lidstaten de handel kon belemmeren.

VI – Juridische beoordeling

A – Inleidende opmerkingen

27. Met richtlijn 77/187 – de voorgangster van richtlijn 2001/23 – is voor het eerst

8 — Zie met name arresten van 18 maart 1986, Spijkers (C-24/85, Jurispr. blz. 1119, punten 11 en 12), 11 juli 1985, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (105/84, Jurispr. blz. 2639, punt 26), 10 februari 1988, Daddy's Dance Hall (324/86, Jurispr. blz. 739, punt 9), 25 juli 1991, D'Urso e.a. (C-362/89, Jurispr. blz. I-4105, punt 9), 16 december 1992, Katsikas e.a. (C-132/91, C-138/91 en C-139/91, Jurispr. blz. I-6577, punt 21), 12 november 1998, Europièces (C-399/96, Jurispr. blz. I-6965, punt 37), 15 december 2005, Güney-Görres en Demir (C-232/04 en C-233/04, Jurispr. blz. I-11237, punt 31), 9 maart 2006, Werhof (C-499/04, Jurispr. blz. I-2397, punt 25), 27 november 2008, Juuri (C-396/07, Jurispr. blz. I-8883, punt 28), 12 februari 2009, Klarenberg (C-466/07, Jurispr. blz. I-803, punt 40), en 29 juli 2010, UGT-FSP (C-151/09, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 40).

28. Richtlijn 77/187 is vaak door het Hof uitgelegd. Niet in het minst op grond van de vele arresten van het Hof heeft de gemeenschaps-wetgever ze bij richtlijn 98/50 aanzienlijk vernieuwd en de tekst van de richtlijn aangepast aan de rechtspraak. Omwille van de duidelijkheid werd richtlijn 77/187 ten slotte bij richtlijn 2001/23 zonder inhoudelijke wijzigingen gecodificeerd. Juist wegens deze constructieve samenwerking van de wetgever van de Unie en het Hof bij de vaststelling van het arbeidsrecht – in het kader van hun respectieve verdragsrechtelijke bevoegdheden – blijft de eerdere rechtspraak over de vorige richtlijn een waardevolle hulp om strekking en doel van de individuele bepalingen van richtlijn 2001/23 te bepalen. Dit geldt in het bijzonder voor de bepalingen over de personele werkingssfeer van de richtlijn waarvan de uitlegging in de onderhavige prejudiciële procedure aan de orde is.

van artikel 1, sub a en b, en dus onder de werkingssfeer van richtlijn 2001/21 vallen. Met zijn vraag beoogt de verwijzende rechter uiteindelijk evenwel alleen te vernemen of in het hoofdgeding sprake is van een „overgang van onderneming” in de zin van de richtlijn. Dienaangaande dient eraan te worden herinnerd dat in het kader van de samenwerking, die kenmerkend is voor de prejudiciële procedure, het in beginsel alleen aan de nationale rechter staat om krachtens het gemeenschapsrecht en het nationale omzettingsrecht na te gaan of een individueel geval voldoet aan de voorwaarden om te kunnen spreken van overgang. Dienovereenkomstig heeft het Hof in zijn rechtspraak⁹ derhalve verklaard dat de nationale rechter bij dit onderzoek alle feitelijke aspecten moet betrekken die de betrokken zaak kenmerken, en alle deelaspecten gezamenlijk moet beoordelen.

B – Bespreking van de prejudiciële vraag

1. Algemene opmerkingen

29. De prejudiciële vraag strekt tot verduidelijking door het Hof of de feiten van het hoofdgeding voldoen aan de voorwaarden

30. Het Hof is bevoegd om de nationale rechter door uitlegging alle relevante criteria te geven om zijn beoordeling mogelijk te maken. Zoals blijkt uit de rechtspraak belet evenwel niets het Hof om met het oog op een ter beslechting van het hoofdgeding aan de nationale rechter te geven nuttig antwoord zijn uitleggingbevoegdheid in een uitgebreide

⁹ — Arrest van 26 september 2000, *Mayeur* (C-175/99, Jurispr. blz. I-7755, punt 52).

zin te gebruiken door bijvoorbeeld een op de zaak toegespitste uitlegging van de criteria te geven en daarbij in te gaan op enkele aspecten van de voorgelegde feiten.¹⁰

onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan, en hij moet uit een overeenkomst voortvloeien.¹¹

31. Na deze algemene overwegingen zal ik nu ingaan op de eigenlijke vraag van het verzoek om een prejudiciële beslissing, namelijk of richtlijn 2001/23 van toepassing is op de in de prejudiciële vraag beschreven feiten.

a) Verandering van werkgever krachtens overeenkomst

i) Hoedanigheid van overheidsorgaan van de werkgever

2. Toepasselijkheid van richtlijn 2001/23

32. Blijkens artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 moet voor toepassing ervan zijn voldaan aan drie voorwaarden: de overgang moet een verandering van werkgever teweegbrengen, hij moet betrekking hebben op een

33. Om te beginnen dient kort te worden herinnerd aan de rechtspraak van het Hof volgens welke de overdracht van een economische activiteit van een privaatrechtelijke aan een publiekrechtelijke rechtspersoon in beginsel binnen de werkingssfeer van richtlijn 77/187 valt.¹² Deze conclusie geldt, zoals het Hof onlangs in het arrest UGT-FSP¹³ van 29 juni 2010 bevestigde, ook voor richtlijn 2001/23.

34. In deze context dient erop te worden gewezen dat het Hof richtlijn 77/187 ook toepasselijk heeft verklaard wanneer een gemeente, dat wil zeggen een publiekrechtelijke

10 — Bij de uitoefening van zijn bevoegdheden noemt het Hof niet alleen de criteria tot vaststelling of sprake is van overgang van onderneming, maar legt het deze criteria vaak uit aan de hand van een concreet geval. Daarop wijzen terecht Moizard, N., „Directive transfert et changement de prestataires de services dans la restauration collective”, *Revue de jurisprudence sociale*, 2004, blz. 261 en Loibner, G., „Betriebsübergang bei Auftrags- und Funktionsnachfolge”, *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht*, 2004, blz. 135. Zie bijv. arrest van 20 november 2003, Abler e.a. (C-340/01, Jurispr. blz. I-14023, punt 36), waarin het Hof verklaarde dat beheer van de catering voor een ziekenhuis niet kan worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn.

11 — Arrest Temco (aangehaald in voetnoot 7, punt 21).

12 — Arrest Mayeur (aangehaald in voetnoot 9, punt 29).

13 — Arrest UGT-FSP (aangehaald in voetnoot 8, punt 23).

rechtspersoon die in het kader van specifieke bestuursrechtelijke normen optreedt, bepaalde taken die tot dusver voor deze gemeente door een vereniging zonder winstoogmerk, een privaatrechtelijke rechtspersoon, zijn verricht, op zich neemt voor zover de overgedragen eenheid haar identiteit behoudt.¹⁴ Bijgevolg verzet de loutere omstandigheid dat de schoonmaakdiensten die tot dusver door de werknemers van CLECE voor het Ayuntamiento – een overheidsorgaan – zijn verricht, door deze laatste zijn overgenomen, zich niet tegen toepassing van richtlijn 2001/23. Evenmin is in het hoofdgeding voldaan aan de specifieke in artikel 1, sub c, van de richtlijn bedoelde omstandigheid.

ii) Overgang op grond van opzegging van het schoonmaakcontract

35. Wat de wijze van overgang in de zin van de richtlijn betreft, legt het Hof in zijn rechtspraak het begrip „overdracht krachtens overeenkomst” ruim uit met het oog op het doel van de richtlijn, namelijk de bescherming van de werknemer bij overgang van zijn onderneming. Dienovereenkomstig verklaarde het Hof de richtlijn van toepassing telkens wanneer een wijziging plaatsvindt in de natuurlijke of rechtspersoon die in het kader

van contractuele betrekkingen als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming.¹⁵

36. Bijgevolg verklaarde het Hof dat wanneer een ondernemer de verantwoordelijkheid voor de exploitatie van door hem voorheen rechtstreeks verrichte schoonmaakdiensten, bij overeenkomst aan een andere ondernemer overdraagt¹⁶, en wanneer een opdrachtgever die een eerste ondernemer met het schoonmaken van zijn gebouwen heeft belast, het contract met deze ondernemer opzegt en voor dit werk een nieuw contract met een tweede ondernemer sluit¹⁷, die overdracht onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.

37. Van groter belang voor de juridische beoordeling van de onderhavige zaak is evenwel het arrest Hernández Vidal¹⁸, dat tal van parallellen met het hoofdgeding vertoont en waarin het Hof verklaarde dat de richtlijn moet kunnen worden toegepast wanneer een ondernemer een andere ondernemer met het schoonmaken van zijn gebouwen of een deel

¹⁴ — Arrest Mayeur (aangehaald in voetnoot 9, punt 57).

¹⁵ — Arrest van 7 maart 1996, Merckx en Neuhuys (C-171/94 en C-172/94, Jurispr. blz. I-1253, punt 28) en arrest Hernández Vidal e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 23).

¹⁶ — Arrest van 14 april 1994, Schmidt (C-392/92, Jurispr. blz. I-1311, punt 14).

¹⁷ — Arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 7, punt 11 e.v.).

¹⁸ — Arrest Hernández Vidal e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 25).

daarvan belast en beslist het contract met deze ondernemer op te zeggen en voortaan zelf de schoonmaakactiviteit voor zijn rekening te nemen. Aangezien de feiten in het hoofdgeding daarmee overeenkomen, zijn de conclusies van het Hof in voormeld arrest mijns inziens zonder meer toepasbaar. Volgens is het begrip „overdracht krachtens overeenkomst” zoals advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie in de zaak *Abler e.a.*¹⁹ treffend vaststelde, niet aldus op te vatten dat de overgang uitsluitend „krachtens” overeenkomst moet plaatsvinden. Een eenzijdige handeling als de opzegging van een contract voor schoonmaakactiviteiten wordt eveneens gesteld in het kader van een overeenkomst en kan dus onder de richtlijn vallen.

38. De opzegging van het tot dusver bestaande contract met CLECE door het Ayuntamiento en de daaraanvolgende overname van de tot dusver door haar werknemers verrichte schoonmaakdiensten volstaat tegen deze achtergrond om te kunnen spreken van een „overdracht krachtens overeenkomst” in de zin van artikel 1, lid 1, sub a, van richtlijn 2001/23. Aangezien er krachtens overeenkomst een verandering van werkgever is geweest, is voldaan aan twee van de vereisten om te kunnen spreken van een overgang van onderneming.

b) Overdracht van een economische eenheid

i) Begrip economische eenheid

39. Zoals gezegd in het begin, beoogt de richtlijn de continuïteit van de in het kader van een economische eenheid bestaande arbeidsverhoudingen ongeacht verandering van ondernemer te waarborgen, zodat voor het antwoord op de vraag of sprake is van overgang in de zin van de richtlijn, het beslissende criterium is of de betrokken eenheid haar identiteit behoudt.²⁰ De overgang moet dus betrekking hebben op een duurzaam georganiseerde economische entiteit, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt.²¹ Het begrip „eenheid” verwijst volgens de rechtspraak naar een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.²²

40. Deze formulering is achteraf ontleend aan de door het Hof ontwikkelde definitie en bij richtlijn 98/50 nagenoeg woordelijk ingevoegd in artikel 1, lid 1, sub b, van de richtlijn inzake overgang van ondernemingen,

19 — Conclusie van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak *Abler e.a.* (arrest reeds aangehaald in voetnoot 10, punt 57).

20 — Zie met name arrest *Spijkers* (aangehaald in voetnoot 8, punt 11).

21 — Arrest van 19 september 1995, *Rygaard* (C-48/94, Jurispr. blz. I-2745, punt 20).

22 — Arrest *Süzen* (aangehaald in voetnoot 7, punt 13).

evenwel zonder dat daardoor de werkings-sfeer van de voorgangster, richtlijn 77/187, zoals uitgelegd door het Hof is gewijzigd.²³ Dit wordt nader verduidelijkt in punt 8 van de considerans van richtlijn 2001/23. Voormeld artikel bedoelt 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 een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen”, die na de overgang haar „identiteit” behoudt.

behoren: 1) de aard van de betrokken onderneming of vestiging; 2) het al dan niet overdragen van materiële bedrijfsmiddelen als gebouwen en roerende goederen; 3) de waarde van de immateriële activa bij de overgang; 4) het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer; 5) al dan niet overdragen van het cliënteel, alsook 6) de mate waarin de activiteiten voor en na overgang overeenkomen, en 7) de duur van een eventuele onderbreking van deze activiteiten. Deze omstandigheden zijn evenwel slechts deelaspecten van de vereiste alomvattende beoordeling en mogen derhalve niet los van elkaar worden beoordeeld.²⁴

ii) Algemene criteria ter beoordeling of er sprake is van een economische eenheid

– Afzonderlijke criteria

41. Het onderzoek of er sprake is van overgang van een eenheid in de zin van voormelde wettelijke definitie, moet rekening houden met alle voor het dossier kenmerkende feiten. Het Hof hanteert in vaste rechtspraak in totaal zeven beoordelingscriteria. Daartoe

42. Het Hof heeft in zijn rechtspraak voorts gewezen op de noodzaak bij de beoordeling van de relevante feiten met name rekening te houden met de aard van de betrokken onderneming of vestiging. Volgens het Hof verschilt 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 noodzakelijkerwijs naar uitgeoefende activiteit, en zelfs naar productiewijze of bedrijfsvoering

²³ — Zie arrest Klarenberg (aangehaald in voetnoot 8, punt 40).

²⁴ — Zie met name arresten Spijkers (aangehaald in voetnoot 8, punt 13), Süzen (aangehaald in voetnoot 7, punt 14), Ablar e.a. (aangehaald in voetnoot 10, punt 33), en Güney-Görres en Demir (aangehaald in voetnoot 8, punten 33 en 34). Zie voorts de uitlegging van de richtlijn inzake overgang van ondernemingen voor EVA/EER-landen de (overeenkomstig het homogeniteitsvereiste in het EER-recht gewezen) rechtspraak van het EVA-Hof, met name arresten van 25 september 1996, Eidesund (E-2/95, [1995-1996] EFTA Ct. Rep. 1, punt 32), 19 december 1996, Ulstein (E-2/96, [1995-1996] EFTA Ct. Rep. 65, punt 28) en 14 maart 1997, Ask (E-3/96, [1997] EFTA Ct. Rep. 1, punt 20). Richtlijn 2001/23 is overeenkomstig nr. 32d in bijlage XVIII bij de EER-Overeenkomst ook toepasselijk voor de EVA/EER-landen.

in de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan. Waar in het bijzonder een economische eenheid in bepaalde sectoren zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, kan het behoud van de identiteit van een dergelijke eenheid na haar overgang per definitie niet afhangen van de overdracht van dergelijke activa.²⁵

43. Dit laatste geldt in het bijzonder voor bepaalde bedrijfssectoren als de schoonmaaksector waarin materiële en immateriële bedrijfsmiddelen, zoals het Hof in het arrest *Hernández Vidal e.a.*²⁶ heeft vastgesteld, vaak minimaal zijn en de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn.²⁷ Derhalve heeft het Hof met betrekking tot een schoonmaakbedrijf daarin ook verklaard dat een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast, wanneer er geen andere productiefactoren zijn, als economische eenheid kan worden aangemerkt.

25 — Arresten *Süzen* (aangehaald in voetnoot 7, punt 18) en *Hernández Vidal e.a.* (aangehaald in voetnoot 7, punt 31), arrest van 10 december 1998, *Hidalgo e.a.* (C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237, punt 31) en arrest *UGT-FSP* (aangehaald in voetnoot 8, punt 28).

26 — Arrest *Hernández Vidal e.a.* (aangehaald in voetnoot 7, punt 27). Zie voorts arrest van 13 september 2007, *Jouni e.a.* (C-458/05, Jurispr. blz. I-7301, punt 32) en arrest *UGT-FSP* (aangehaald in voetnoot 8, punt 29).

27 — Diller, M. / Grzyb, N., „Kurzkomentar zum Urteil in der Rechtssache *Abler e.a./Sodexo MM Catering Gesellschaft mbH*“, *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2004, blz. 86, en *Loibner, G.* (aangehaald in voetnoot 10) blz. 135, zien als het Hof de inzet van personeel respectievelijk menselijke arbeidskrachten als de voornaamste factor van de schoonmaakactiviteit.

44. Het Hof heeft zijn rechtspraak in dat arrest kort en eenvoudig in een formule samengevat: een economische eenheid moet „weliswaar voldoende gestructureerd en autonoom zijn, maar hoeft niet noodzakelijkerwijs materiële en immateriële activa van betekenis te omvatten”.²⁸ Daaruit zijn voor de juridische analyse van de onderhavige zaak de volgende wezenlijke conclusies te trekken: weliswaar zijn – ongeacht de bedrijfssector – beperkingen aan het vereiste van het voorhanden zijn van materiële en immateriële bedrijfsmiddelen aanvaardbaar, maar dit doet niet af aan het vereiste dat de economische eenheid voldoende gestructureerd en autonoom moet zijn.²⁹

45. Het Hof gaat er dus zelf van uit dat geenszins cumulatief moet zijn voldaan aan voormelde zeven criteria die het heeft geformuleerd, om te kunnen spreken van overgang van onderneming. Veeleer moet steeds rekening worden gehouden met de eigen kenmerken van het bedrijf en de betrokken bedrijfssector. Tegen deze achtergrond ga ik hierna nader in op de relevante criteria in de onderhavige prejudiciële procedure, waarvan twijfelachtig lijkt of er in casu aan is voldaan.

28 — Arrest *Hernández Vidal e.a.* (aangehaald in voetnoot 7, punt 27).

29 — Zie arrest *Jouni e.a.* (aangehaald in voetnoot 26, punt 31).

46. In wat volgt pas ik deze criteria op het hoofdgeding toe.

47. Daarbij moet de vóór de overdracht bestaande organisatorische eenheid als zodanig ook na de overgang in wezen ongewijzigd blijven bestaan. Beslissend is dus allereerst of er vóór de overdracht hoe dan ook sprake was van een zelfstandige economische eenheid. In het hoofdgeding moet alleen worden uitgegaan van de groep arbeidskrachten die CLECE voor schoonmaak bij het Ayuntamiento inzette. Tegen deze achtergrond is, anders dan de Spaanse regering stelt³⁰, volledig irrelevant, of het Ayuntamiento als gemeentebestuur voldoet aan de vereisten van een zelfstandig georganiseerde eenheid.

– Geen overgang van materiële en immateriële bedrijfsmiddelen

Materiële bedrijfsmiddelen

48. Wat concreet het onderhavige hoofdgeding betreft, werkte verzoekster in het hoofdgeding blijkens het dossier blijkbaar als een

van de schoonmaakwerkers van een team van vier³¹ in opdracht van het Ayuntamiento, zonder dat, aldus de aanwijzingen van de verwijzende rechter, daarbij een bijzondere uitrusting werd gebruikt. Dit wettigt de conclusie dat de arbeid van deze werknemers in eerste instantie handarbeid was, zodat aan het Ayuntamiento na de opzegging van het contract voor schoonmaakdiensten geen materiële bedrijfsmiddelen als materieel, machines of apparatuur voor schoonmaak- en onderhoudsdiensten³² zijn overdragen.

Immateriële bedrijfsmiddelen

49. Ter beoordeling of een economische eenheid in de zin van de richtlijn is overgedragen, zijn naast de materiële ook de immateriële bedrijfsmiddelen van belang, die eventueel

31 — Blijkens het vonnis van de *Juzgado de lo social N° 2 de Toledo* (rechtbank in sociale zaken nr. 2 van Toledo) van 13 mei 2008, dat bij het dossier van het Hof is gevoegd, werden voor de schoonmaakactiviteit meerdere werknemers ingezet (zie „II. Vaststaande feiten”, punt 4, blz. 2 van het origineel van het vonnis), evenwel zonder dat een nauwkeurig aantal wordt genoemd. Blijkens het verzoekschrift in hoger beroep (*Recurso de suplicación*) van verzoekster in het hoofdgeding van 1 juli 2008 tegen voormeld vonnis (blz. 8 van 15) had CLECE voor het schoonmaken van scholen en gemeentegebouwen vier werknemers en dus geen groot personeelsbestand.

32 — Zie arrest UGT-FSP (aangehaald in voetnoot 8, punt 31) alsook punt 39 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 6 mei 2010 in die zaak. Daarin wordt terecht gesteld dat op gebied van schoonmaakactiviteiten als materiële bedrijfsmiddelen het materieel, de machines en/of de apparatuur gelden.

30 — Zie punt 27 van de memorie van de Spaanse regering.

door de oorspronkelijke werkgever voor de activiteit ter beschikking zijn gesteld.

en elkaar aanvullen zodat een bepaalde economische activiteit wordt ontwikkeld.³⁵

50. Volgens de rechtspraak moet met bepaalde aspecten rekening worden gehouden, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling en de bedrijfsvoering, die volgens het Hof het karakter van een onderneming respectievelijk vestiging als economische eenheid vormen.³³ Wat de eerste drie aspecten betreft, die samen de interne organisatie van een onderneming betreffen, wijst niets erop dat bij het team van slechts vier, waartoe verzoekster in het hoofdgeding behoorde, sprake was van leiding, laat staan een bepaalde bedrijfsvoering.

52. De verwijzende rechter wijst er evenwel op dat verzoekster in het hoofdgeding haar schoonmaakarbeid in gemeentescholen en -gebouwen verrichtte. Derhalve moet ervan worden uitgegaan dat elke werknemer in wezen onafhankelijk van de andere werkte, waarbij hij bepaalde lokalen toegewezen, die hij binnen een bepaalde tijd moest schoonmaken. Het valt dus te betwijfelen of in het hoofdgeding is voldaan aan het door het Hof gestelde vereiste dat de economische eenheid voldoende „gestructureerd” en „autonoom” is³⁶, aangezien de arbeid van verzoekster in het hoofdgeding en van de andere werknemers in wezen overeenkwam en er geen sprake was van onderlinge samenwerking in het kader van een arbeidsgemeenschap, wat als uitgangspunt voor het bestaan van een complexe organisatiestructuur zou kunnen dienen.

51. Zoals uit het arrest Klarenberg³⁴ blijkt, verlangt het Hof namelijk een bepaald minimum aan interne organisatie van een onderneming, waarbij is vereist dat individuele productiefactoren onderling samenwerken

35 — Zie arrest Klarenberg (aangehaald in voetnoot 8, punt 47) samen met de punten 42, 43 en 44 van de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 12 februari 2009 in die zaak. Zie voorts punt 56 van de conclusie van advocaat-generaal Sharpston van 6 mei 2010, UGT-FSP (arrest aangehaald in voetnoot 8). Ook volgens Willemsen, H. J., „Mit oder an”- § 613a BGB und der Wertschöpfungsgedanke”, *Festschrift für Reinhard Richardi zum 70. Geburtstag*, München 2007, blz. 477, is voor de identiteit van een onderneming of vestiging de organisatie, namelijk de doelgerichte combinatie van hulpmiddelen met een bepaald bedrijfsdoel, kenmerkend en onmisbaar. Een soortgelijke opvatting verdedigt Müller-Bonanni, T., „Betriebsübergang – ja oder nein? – Die aktuelle Rechtsprechung zum Tatbestand des § 613a BGB”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, bijlage 1/2009, blz. 14, volgens wie een overgang van onderneming de overname van een functionele samenhang in de zin van een organisatie van de arbeid vereist. De auteur spreekt van de overname van de „Wertschöpfungsquelle” van een bedrijf door de verkrijger.

33 — Zie arrest Süzen (aangehaald in voetnoot 7, punt 15).

34 — Arrest Klarenberg (aangehaald in voetnoot 8).

36 — Zie punt 44 van deze conclusie.

53. Anderzijds mag niet uit het oog worden verloren dat planning, organisatie, deskundigheid en kennis bij schoonmaakactiviteiten in de regel een veel geringere rol spelen dan bij andere beroepen.³⁷ Niet in de laatste plaats om deze reden zetten schoonmaakbedrijven niet zelden ook ongeschoolde arbeidskrachten in. Toegegeven, deze conclusie geldt niet voor gespecialiseerde schoonmaakdiensten die over bijzondere middelen en bijzondere arbeidsmethoden beschikken. Belangrijke immateriële bedrijfsmiddelen voor een gespecialiseerde reinigingsdienst kunnen bijvoorbeeld, om er maar enige te noemen, de organisatie van het arbeidsproces, berekening, de kennis van bepaalde schoonmaakprocedures, arbeidsmethoden, verworven vaardigheden in de omgang met voor de gezondheid schadelijke of zelfs levensgevaarlijke stoffen zijn.

dat geen van de genoemde soorten immateriële bedrijfsmiddelen op het Ayuntamiento zijn overgegaan. Daarvan afgezien wijst niets erop dat het personeel waartoe verzoekster in het hoofdgeding behoorde, als een gespecialiseerde schoonmaakdienst in voormelde zin is te beschouwen. Tegen deze achtergrond moet haar arbeid veeleer worden geacht geen bijzondere vaardigheden of arbeidsmethoden te vereisen. Ook ontbreekt in dit opzicht een overname van immateriële bedrijfsmiddelen.

– Afbakening inzake opvolgen in de functie

54. Bij gebrek aan aanwijzingen van het tegendeel in het dossier moet worden aangenomen

55. Daar geen materiële of immateriële bedrijfsmiddelen zijn overgedragen, blijkt in beginsel nu al reeds dat er in het hoofdgeding geen sprake kan zijn van een economische eenheid. Voor zover het Ayuntamiento alleen de schoonmaakactiviteit heeft voortgezet, zonder evenwel de werknemers die tot dusver deze arbeid verrichten, over te nemen, kan in het hoofdgeding in beginsel worden uitgegaan van het louter „opvolgen in de functie”, dat volgens de recente rechtspraak van het

37 — Zie de conclusie in de zaak *Abler e.a.* (aangehaald in voetnoot 19, punt 71). Daarin zei de advocaat-generaal dat hij de indruk had dat de factor menselijke arbeidskracht in de sector van de catering voor ziekenhuizen van minder belang was dan in de schoonmaak- en bewakingssector en geenszins de voornaamste factor was. Bovendien onderscheidt catering voor ziekenhuizen zich als activiteit op twee punten van schoonmaak- en bewakingsactiviteiten. Enerzijds zijn de materiële bedrijfsmiddelen naast de factor arbeid van groter belang. Anderzijds spelen deskundigheid, kennis, planning en organisatie er een veel grotere rol dan bij schoonmaak en bewaking.

Hof in beginsel niet binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/23 valt.³⁸

de toekomst zelf voor het schoonmaken van haar gebouwen te zorgen, op grond van de richtlijn inzake overgang van ondernemingen juridisch verplicht was de werknemers van het schoonmaakbedrijf verder in dienst te houden. In dat arrest stelde het Hof het volgende vast:

56. Zoals het Hof terecht heeft erkend, is de draagwijdte van het begrip overgang van onderneming niet onbeperkt.³⁹ Het Hof heeft de uiterste grens van deze ruime uitlegging getrokken in het arrest Süzen⁴⁰, waarin het verklaarde dat niet reeds op grond van de omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten verrichten, kan worden geconcludeerd dat sprake is van overgang van een economische eenheid. Volgens het Hof mag een eenheid namelijk niet als een zuivere activiteit worden opgevat.

57. Deze rechtspraak is met name bevestigd in het arrest Hernández Vidal e.a., dat, zoals gezegd, tal van parallellen met de onderhavige zaak vertoont. De feiten komen overeen voor zover het daarin – zoals in het hoofdgeding – ging om de vraag of een onderneming die een schoonmaakovereenkomst tussen haar en een schoonmaakbedrijf opzegt om in

„Derhalve kan niet reeds op grond van de omstandigheid dat de voorheen door het schoonmaakbedrijf en thans door de eigenaar zelf verrichte onderhoudswerkzaamheden overeenkomen, worden geconcludeerd dat er sprake is van een overdracht van een economische eenheid van de eerste aan de tweede onderneming. Een economische eenheid kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast.”⁴¹

38 — Zie arresten Süzen (aangehaald in voetnoot 7, punt 15), Hernández Vidal e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 30) en Hidalgo e.a. (aangehaald in voetnoot 25, punt 30). De rechtsleer gaat in dezelfde zin. Zie met name Majoros, T., „Auftragnehmerwechsel bei Großküche als Betriebsübergang”, *Das Recht der Arbeit*, 2004, blz. 193; Jochums, D., „Betriebsübergang: Der EuGH auf Abwegen?”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2005, deel 36, blz. 2585; Davies, P., „Taken to the Cleaners? Contacting Out of Services Yet Again”, *Oxford Journals*, juni 1997, blz. 196; Willemssen, H. J. (aangehaald in voetnoot 35) blz. 477 en Thüsing, G., *Europäisches Arbeitsrecht*, München 2008, punt 168, blz. 168 die zuivere opvolging in de functie niet als een overgang van onderneming in de zin van richtlijn 2001/23 beschouwen.

39 — Zie de opvatting van advocaat-generaal Geelhoed in zijn conclusie in de zaak Ablar e.a. (aangehaald in voetnoot 19, punt 61).

40 — Zie arresten Süzen (aangehaald in voetnoot 7, punt 15) en Hidalgo e.a. (aangehaald in voetnoot 25, punt 30).

58. Deze rechtspraak over duidelijk soortgelijke feiten kan op de onderhavige zaak worden toegepast. De voortzetting van de schoonmaakactiviteit is op zich alleen geen beslissende factor om te kunnen spreken van overgang van een economische eenheid, maar is overeenkomstig de rechtspraak van het Hof slechts een van vele aanwijzingen.

41 — Zie arrest Hernández Vidal e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 30).

– Criterium van overname van een wezenlijk deel van het personeel

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”. Het Hof baseert zijn opvatting op het volgende: „In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer [...] het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet.”

Rechtspraak van het Hof

59. Van opvolgen in de functie kan mijns inziens in geen geval sprake zijn voor zover de nationale rechter in het kader van de vereiste alomvattende beoordeling van de omstandigheden van het hoofdgeding tot de conclusie zou komen dat in casu is voldaan aan andere criteria die beslissend zijn om te kunnen spreken van een economische eenheid.

60. Daartegen kan in deze context evenwel reeds pleiten dat blijkbaar geen van de tot dusver vier à vijf voor CLECE werkende werknemers – waaronder ook verzoekster in het hoofdgeding – nog in dienst is. Dat de werknemers in dienst blijven, is volgens de rechtspraak van het Hof namelijk een belangrijke aanwijzing dat er sprake is van een economische eenheid. Het Hof verklaarde in het arrest Süzen⁴²: „Voor zover in bepaalde sectoren, waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, een groep

61. Ofschoon in het kader van deze rechtspraak alsook bij het onderzoek van de andere voormelde criteria in het hoofdgeding geen overgang van een economische eenheid in de zin van richtlijn 2001/23 kan worden aangenomen, zal ik hierna kort mijn standpunt bepalen over de overwegingen van het Hof in voormeld arrest. Ter verduidelijking van deze rechtspraak van het Hof ga ik in wezen nader in op de vraag in hoeverre het criterium van de overname van een wezenlijk deel van het personeel de conclusie kan wettigen dat sprake is van overgang van onderneming.

42 — Zie arresten Süzen (aangehaald in voetnoot 7, punt 21), Hernández Vidal e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 32), Temco (aangehaald in voetnoot 7, punt 33) en Hidalgo e.a. (aangehaald in voetnoot 25, punt 32).

Nadeel van een dergelijk criterium

62. Om te beginnen herinner ik eraan dat de overname van een „wezenlijk deel van het personeel” in beginsel het beslissende rechtsgevolg van richtlijn 2001/23 respectievelijk – nauwkeuriger – van de nationale bepalingen tot omzetting ervan is. Dat garandeert juist de door de wetgever van de Unie nagestreefde continuïteit van de bestaande arbeidsverhoudingen bij overgang van ondernemingen.⁴³ Dat het Hof dit rechtsgevolg tegelijk ook als een wezenlijk bestanddeel van de overgang van een onderneming lijkt te beschouwen, lijkt dus op het eerste gezicht methodologisch bedenkelijk. Een en hetzelfde element kan regelingstechnisch namelijk niet tegelijk een wezenlijk bestanddeel en een rechtsgevolg van richtlijn 2001/23 zijn, zonder dat dit – zoals advocaat-generaal Cosmas reeds in zijn conclusie in de zaak *Hernández Vidal* e.a. opmerkte⁴⁴ – tot onlogische gevolgen leidt. Dat een wezenlijk deel van het personeel als gevolg van een overgang van onderneming slechts wordt overgenomen wanneer

voorheen reeds een wezenlijk deel van het personeel is overgenomen, grenst inderdaad aan een cirkelredenering⁴⁵ en kan ook nauwelijks de bedoeling van de auteur van de richtlijn zijn geweest.

63. Voormelde uitlegging van de rechtspraak van het Hof houdt, zoals advocaat-generaal Geelhoed⁴⁶ in zijn conclusie terecht stelde, het gevaar van „incongruentie tussen de wetgeving en de rechtspraak” in en maakt misbruik mogelijk. Wanneer deze rechtspraak aldus werd opgevat dat overname van een „wezenlijk deel van het personeel” met name beslissend is, ligt de toepasbaarheid van de richtlijn uiteindelijk in feite alleen in handen van de nieuwe werkgever. Hij kan de Unierechtelijke regelingen inzake overgang van ondernemingen namelijk juist in arbeidsintensieve sectoren ontduiken door het personeel van de oude werkgever gewoon niet over te nemen. Dit gaat duidelijk in tegen de wil van de Uniewetgever om werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen en vormt een ongewenste aansporing voor

43 — Zie punt 27 van deze conclusie.

44 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Cosmas van 24 september 1998, *Hernández Vidal* e.a. (C-127/96, C-229/96 en C-74/97, arrest van 10 december 1998, Jurispr. blz. I-8179, punt 80). Jochums, D. (aangehaald in voetnoot 38) blz. 2584, en Viala, Y., „La maintien des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise en droit allemand”, *Droit Social*, 2/2005, blz. 203, wijzen er eveneens op dat de overgang van arbeidsbetrekkingen het rechtsgevolg is en derhalve niet tegelijk voorwaarde kan zijn. Volgens Loibner, G., (aangehaald in voetnoot 10), blz. 136, ging het Hof in het arrest *Abler* niet in op de vraag of de overname van het personeel voorwaarde voor of rechtsgevolg van de overgang van onderneming was doordat het de menselijke arbeidskracht irrelevant voor de identiteit in de sector catering vond en het karakter van economische eenheid alleen op de inventaris baseerde.

45 — Zie de conclusie in de zaak *Hernández Vidal* e.a. (aangehaald in voetnoot 44, punt 80).

46 — Zie de conclusie in de zaak *Abler* e.a. (aangehaald in voetnoot 19, punt 79).

de overnemende werkgever om zoveel mogelijk – zoniet alle – werknemers te ontslaan.⁴⁷

onmiddellijk nader op in in een poging tot passende uitlegging van de rechtspraak.

64. Voormelde opvatting houdt mijns inziens onvoldoende rekening met de verklaringen van het Hof over dit criterium en volgt in laatste instantie uit een te enge visie op deze rechtspraak. Alleen al blijkens de tekst van de beslissende passages van de relevante arresten achtte het Hof juist de overname van „een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel” doorslaggevend. Het gaat dus niet om zuiver cijfermatige aantallen, maar om kwalitatieve en in het bijzonder organisatorische factoren. Daar ga ik

65. Om te beginnen past de opmerking dat de werkgever krachtens richtlijn 2001/23 geenszins steeds verplicht is om tegen elke prijs alle werknemers over te nemen.⁴⁸ De richtlijn houdt via een gedifferentieerde regeling rekening met het aan de grondslag van het Unierecht liggende beginsel van de wilsautonomie. Dat moet ook bij de uitlegging van deze handeling van afgeleid recht steeds als richtsnoer en maximumlimiet in acht worden genomen. Precies een te ruime uitlegging van het begrip „economische eenheid”, bijvoorbeeld door zich alleen toe te spitsen op het aantal van de concreet in het hoofdeding overgenomen werknemers, kan namelijk tot een onevenredige beperking van de wilsautonomie van de werkgever leiden, wanneer hij wordt gehinderd zijn contractuele verhoudingen overeenkomstig zijn rechtmatige belangen vorm te geven. In deze context moet ook de kritiek van advocaat-generaal Geelhoed⁴⁹ worden gelezen, die overtuigend heeft aangetoond dat een onvoorwaardelijke verplichting van de werkgever om het personeel in dienst te houden, ingaat tegen het beginsel van vrije mededinging, in het bijzonder in sectoren waar gekwalificeerd personeel een belangrijke factor voor de kwaliteit van de dienst is. Indien bijvoorbeeld de nieuwe werkgever voor een bepaalde arbeid graag gedeeltelijk nieuw personeel aanwerft, omdat de prestaties van het bestaande personeel te wensen overlaat, dan zou een te ruime

47 — Riesenhuber, K., *Europäisches Arbeitsrecht*, Heidelberg 2009, deel 3, § 24, punt 40, blz. 420, vindt het criterium van de overname van een wezenlijk deel van het personeel terecht ongeschikt, want of sprake is van overgang van onderneming hangt dan tot op zekere hoogte af van de verkrijger die in een dergelijk geval tegen de bedoeling in aangespoord zal zijn geen werknemers over te nemen. In dezelfde zin vreest ook Davies, P. (aangehaald in voetnoot 38) blz. 197, dat de toepassing van dit criterium ten nadele van de werknemers kan werken. In „Transfers – The UK Will Have to Make Up Its Own Mind”, *Industrial Law Journal*, juni 2001, blz. 234, zegt hij dat niet valt uit te sluiten dat wanneer het uitsluitend om activiteiten op basis van arbeidskracht gaat, de verkrijger zich, gewoon door de vroegere werknemers niet in dienst te houden, aan zijn plichten krachtens de richtlijn kan onttrekken. De auteur vindt dit een bedenkelijke situatie vooral juist voor werknemers in de schoonmaaksector die niet zelden als ongeschoolde arbeidskrachten werken, het meest bescherming behoeven en zich op de richtlijn moeten kunnen beroepen.

48 — Zie de conclusie in de zaak *Abler* e.a. (aangehaald in voetnoot 19, punt 81).

49 — *Ibidem*, punt 81.

uitlegging van het begrip „economische eenheid” de nieuwe werkgever naar omstandigheden verhinderen betere werknemers aan te werven, en leiden tot een economisch weinig zinvolle bevoordeling van minder goede in de plaats van betere werknemers.

66. Deze overwegingen leiden al tot de voorlopige conclusie dat het criterium van de overname van het personeel gelet op de feiten van het hoofdgeding geenszins de beslissende factor kan vormen. Gepoogd moet veeleer worden dit criterium passend uit te leggen om het in het kader van de alomvattende afweging adequaat te kunnen toepassen.

Poging tot passende uitlegging van de rechtspraak

67. Indien het Hof dit criterium verder als relevant beschouwt, gebiedt de rechtszekerheid de rechtspraak van het Hof over het criterium van de overname van een „wezenlijk deel van het personeel” nader te preciseren. Deze overwegingen gaan daarbij uit van strekking en doel van de richtlijn inzake overgang van ondernemingen.

68. Blijkens een analyse van richtlijn 2001/23 en de eraan ten grondslag liggende wetgevende overwegingen zijn het verdere gebruik van een door de voorganger gecreëerde bedrijfsorganisatie en het voordeel daarvan tegen de oprichting van een eigen onderneming of vestiging de kern en de rechtvaardigingsgrond om de verkrijger van de bedrijfsmiddelen verplicht in alle bestaande arbeidsverhoudingen te laten treden.⁵⁰ De logica achter deze regeling wil dat van de nieuwe ondernemer – die profiteert van de van de vorige eigenaar verkregen wezenlijke economische waarde van een bedrijf – ook kan worden verwacht dat hij degenen die daarmee werken, in dienst neemt. De bescherming van de werknemers wordt gewaarborgd door het verbod dat strategieën van overgang van ondernemingen hun de grondslag van hun arbeid, namelijk bedoelde economische waarde, ontnemen.⁵¹

69. De rechtspraak toont aan dat ook het Hof de richtlijn in die zin opvat, bijvoorbeeld wanneer het om te kunnen spreken van overgang

50 – In dezelfde zin Thüsing, G. (aangehaald in voetnoot 38) punt 168, blz. 168; Willemsen, J., „Erneute Wende im Recht des Betriebsübergangs – ein „Christel Schmidt II“-Urteil des EuGH”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 2009, blz. 292, alsook Jochums, D. (aangehaald in voetnoot 38) blz. 2585. Jochums vat deze regeling aldus op dat het economisch voordeel – de bestaande organisatie – de ingreep in de ondernemingsvrijheid van de verkrijger door de voorgescreven rechtsgevolgen rechtvaardigt. Müller-Bonanni, T. (aangehaald in voetnoot 35) blz. 14, ziet de verplichte intreding in de arbeidsverhoudingen als tegenprestatie voor het feit dat de verkrijger een door iemand anders opgebouwde arbeidsorganisatie overneemt en zich aldus de opbouw van een eigen organisatie bespaart.

51 – Zo ook Reissner, G.-P., „Anmerkung zum Urteil in der Rechtssache C-340/01, Carlito Abler e.a./Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH”, *ZESAR*, 3/2004, blz. 141.

van onderneming de voorwaarde stelt dat de verkrijger een functionele band tussen de overgegangene productiefactoren handhaaft, die hem de mogelijkheid biedt om een soortgelijke economische activiteit voort te zetten.⁵²

contextueel verband daar het aantal werknemers in dienst indirect het organisatieniveau kan weerspiegelen. Organisatie is maar noodzakelijk zodra tot taakverdeling moeten worden overgegaan, hetgeen beroepsspecialisatie en dus deskundigheid vereist. Dat laatste blijkt uit de toevoeging over de inzet van passend personeel voor een bepaalde taak („speciaal voor die taak had ingezet”). Uitgaan van het aantal overgenomen werknemers geeft duidelijk blijk van een superficiële benadering.

70. De overdracht van een wezenlijk deel van het personeel in de zin van voormelde rechtspraak zegt op zich alleen weinig over een dergelijk voordeel voor de verkrijger. Het voordeel van een overgang van het personeel zal in de regel veeleer worden gemeten aan de kwaliteit, dat wil zeggen deskundigheid en ervaring. Derhalve, aldus het Hof, behoudt een economische eenheid haar identiteit na overgang niet in de laatste plaats wanneer de nieuwe ondernemer een „qua aantal *en deskundigheid*” wezenlijk deel van het personeel overneemt, dat zijn voorganger specifiek voor zijn activiteit heeft ingezet. Het criterium „aantal” van de overgenomen werknemers krijgt een eigen betekenis in verbinding met het criterium „deskundigheid” via het voegwoord „en”. Beide criteria vertonen een nauw

71. De overname van werknemers kan hoe dan ook een aanwijzing zijn wanneer bepaalde werknemers bijvoorbeeld door hun know-how als immateriële bedrijfsmiddelen gelden.⁵³ Alleen het aantal vroegere werknemers in dienst respectievelijk overgedragen

52 — Zie met name arresten Klarenberg (aangehaald in voetnoot 8, punt 48), Hernández Vidal e.a. (aangehaald in voetnoot 7, punt 32), Süzen (aangehaald in voetnoot 7, punt 21), Schmidt (aangehaald in voetnoot 16, punt 17) en Rygaard (aangehaald in voetnoot 21, punt 21). Volgens Reissner, G.-P., (aangehaald in voetnoot 51) blz. 141, onderzocht het Hof steeds of de nieuwe ondernemer de economisch wezenlijke waarde die de oude ondernemer heeft gehad, verder gebruikt ongeacht hoe hij deze heeft verkregen.

53 — In die zin blijkbaar ook Jochums, D. (aangehaald in voetnoot 38) blz. 2585. Zo ook het EVA-Hof waar het criterium van de hoeveelheid alleen als aanwijzing geldt, evenwel alleen voor zover grote vakkennis van het personeel kenmerkend is voor de onderneming. Zie arresten Eidesund (aangehaald in voetnoot 24, punt 43), Ulstein (aangehaald in voetnoot 24, punt 36) en Ask (aangehaald in voetnoot 24, punt 29) („wanneer een groot percentage van het personeel wordt overgenomen en een hoge mate van deskundigheid van het personeel kenmerkend is voor het bedrijf van de eerste dienstverrichter, kan een vaststelling van identiteit en continuïteit van de onderneming steun vinden in het feit dat dit personeel bij de tweede dienstverrichter in dienst blijft. Indien het betrokken werk geen bijzondere deskundigheid of kennis vergt, is de overname van het personeel minder een aanwijzing inzake de identiteit van de onderneming.”).

werknemers dwingt evenwel niet tot de conclusie dat er deskundigheid is, zodat het criterium van de overgang van een wezenlijk deel van het personeel hoe dan ook niet als alleen doorslaggevend kan worden beschouwd om te kunnen beoordelen of er sprake is van daadwerkelijke overgang van onderneming.⁵⁴

iii) Voorlopig resultaat

72. Bij toepassing van deze rechtspraak in voormelde zin, namelijk in samenhang met de factor „deskundigheid”, kan de vraag of er sprake is van een economische eenheid in het hoofdgeding geenszins bevestigend worden beantwoord, vooral daar in de eerste plaats geen van de werknemers die tot dusver in dienst waren, is overgenomen en in de tweede plaats niets wijst op een bijzondere deskundigheid van het personeel in de vorm van enige bijzondere vaardigheid of arbeidsmethode.⁵⁵

74. In het bijzonder zijn er geen voor de uitoefening van de schoonmaakactiviteit noodzakelijke materiële en immateriële bedrijfsmiddelen die uitsluitel hadden kunnen geven over het bestaan van een dergelijke eenheid. Derhalve is niet voldaan aan de derde voorwaarde voor toepasbaarheid van richtlijn 2001/23 in het hoofdgeding.

c) Juridische betekenis van het vereiste om nieuw personeel in te zetten

73. Derhalve is er in het hoofdgeding noch bij directe toepassing, noch bij de hier gegeven uitlegging van deze rechtspraak naar strekking en doel van richtlijn 2001/23 sprake van een „economische eenheid” in de zin van artikel 1, lid 1, sub b, die had kunnen worden overgedragen.

75. Deze beoordeling wijzigt niet in het kader van het laatste aspect van de prejudiciële vraag. De verwijzende rechter betrok in zijn vraag naar de toepasbaarheid van richtlijn 2001/23 uitdrukkelijk de omstandigheid dat het Ayuntamiento eerst nieuwe werknemers moest aanwerven om in de toekomst zelf te kunnen schoonmaken. Richtlijn 2001/23 of de rechtspraak van het Hof hechten evenwel geen belang aan de eventuele behoefte van de onderneming aan nieuwe aanwervingen. Deze omstandigheid kan op zich dus niet rechtvaardigen te spreken van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn. Bovendien kan daaruit alleen de conclusie worden getrokken dat nieuwe werknemers moeten worden aangeworven, maar dat wetligt niet de conclusie dat is voldaan aan andere door het Hof ontwikkelde en hierboven reeds onderzochte criteria. De behoefte aan nieuwe aanwervingen kan namelijk evengoed

54 — Zie Thüsing, G. (aangehaald in voetnoot 38) punt 13, blz. 168, volgens wie het behoud van de identiteit een typologisch begrip is: geen enkel van deze criteria is noodzakelijk en geen enkel is voldoende om te kunnen spreken van overgang van onderneming.

55 — Zie punt 54 van deze conclusie.

wijzen op zuivere opvolgingen in de functie. Dat geldt nog meer, wanneer – zoals hier – juist geen enkele werknemer wordt overgenomen en veeleer uitsluitend nieuwe arbeidskrachten via een arbeidsbeurs voor functioneel dezelfde taken worden aangehouden. Precies tegen deze achtergrond kwalificeert de Spaanse regering dit dus ook volledig terecht als „transferencia de funciones” (opvolging in de functie) tussen CLECE en het Ayuntamiento.⁵⁶

als de onderhavige vollediger beschermen.⁵⁷ Dit is het resultaat van deze met de richtlijn nagestreefde gedeeltelijke harmonisatie die geen uniform beschermingsniveau voor de gehele Europese Unie op basis van gemeenschappelijke criteria in het leven roept, maar de bescherming die werknemers door de rechtsvoorschriften van de individuele lidstaten reeds werd gewaarborgd, ook tot het geval van overgang van ondernemingen zal uitbreiden.⁵⁸

76. Het door de verwijzende rechter genoemde vereiste van aanwerving van nieuwe arbeidskrachten is alleen een voorwaarde van Spaans recht, namelijk van artikel 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst. In deze context dient eraan te worden herinnerd dat de nationale wetgever, aldus artikel 8 van richtlijn 2001/23 en vaste rechtspraak, vrij blijft naast de vereisten van richtlijn 2001/23 aanvullende interne bepalingen vast te stellen die de werknemer in gevallen

77. De Spaanse wetgever heeft met artikel 14 van de collectieve overeenkomst van deze mogelijkheid gebruikgemaakt. Volgens deze bepaling moet een onderneming die zelf voor het schoonmaken zorgt, nadat zij deze arbeid voorheen door een andere onderneming liet uitvoeren, de werknemers van deze laatste onderneming in elk geval overnemen wanneer zij voor de schoonmaakactiviteit nieuw personeel moet aanwerven. Of en in hoeverre artikel 14 van de collectieve overeenkomst op de onderhavige zaak van toepassing is, staat uitsluitend ter beoordeling van de nationale rechter, aangezien deze regeling verder gaat dan de voorschriften van richtlijn 2001/23 en het Unierecht er niet in voorziet.

78. Ofschoon artikel 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst voor de beantwoording van de prejudiciële vraag geen belang

56 — Zie punt 27 van de memorie van de Spaanse regering.

57 — Zie arrest *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark* (aangehaald in voetnoot 8, punt 26), arrest van 6 november 2003, *Martin e.a.* (C-4/01, *Jurispr. blz. I-12859*, punt 41) en arrest *Juuri* (aangehaald in voetnoot 9, punt 23).

58 — Zie punt 27 van deze conclusie.

heeft, kan er aanvullend evenwel op worden gewezen dat de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeslissing uitdrukkelijk de toepasbaarheid van artikel 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst op de onderhavige zaak onder verwijzing naar de uitspraak van het Spaanse Tribunal Supremo van 10 december 2008 heeft uitgesloten.⁵⁹ Het Hof is aan deze vaststelling, voor zover het alleen het interne recht betreft, gebonden.

d) Conclusie

79. Ik kom dus tot de conclusie dat richtlijn 2001/23 op een situatie als in het hoofdgeding geen toepassing vindt.

VII – Conclusie

80. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van het Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha te beantwoorden als volgt:

„Artikel 1, lid 1, 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, moet aldus worden uitgelegd dat deze richtlijn niet van toepassing is op een situatie als die in het hoofdgeding, waarin een gemeente die voorheen een particuliere onderneming belastte met het schoonmaken van haar gebouwen en deze overeenkomst later opzegt om de schoonmaakactiviteit zelf te verrichten, wanneer de gemeente niet een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel overneemt dat ook de particuliere onderneming bij deze arbeid voorheen heeft ingezet.”

⁵⁹ — Zie blz. 5 en 6 van de verwijzingsbeslissing alsook de punten 15 en 16 van de memorie van de Commissie.