

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 16 juni 2005¹

1. In de onderhavige zaak dient het Hof wederom de contouren te preciseren van het begrip „overgang” in de zin van artikel 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 vestigingen² (PB L 82, blz. 16). Het Arbeitsgericht Düsseldorf (Duitsland) heeft namelijk aan het Hof in twee afzonderlijke verwijzingsbeslissingen van 5 mei 2004 vragen gesteld over de toepassing van deze richtlijn wanneer een dienstverlener door een andere wordt opgevolgd ter zake van een dienstverleningsopdracht voor de controle van passagiers op de luchthaven van Düsseldorf. Meer in het bijzonder wenst de verwijzende rechter te vernemen, welke consequenties moeten worden verbonden aan het feit dat de aanbe-

stedende dienst³ bepaalde bedrijfsmiddelen ter beschikking van de opdrachtnemers stelt.

I — Feiten, rechtskader en prejudiciële vragen

2. Op basis van een op 24 maart/5 april 2000 met de Bondsrepubliek Duitsland gesloten overeenkomst was Aviation Defence International Germany Ltd belast met de controle van de passagiers en hun bagage op de luchthaven van Düsseldorf. Securicor Aviation (Germany) Ltd (hierna: „Securicor”) heeft de uitvoering van deze overeenkomst overgenomen. Bij brief van 5 juni 2003 werd Securicor meegedeeld dat haar opdracht tot het verrichten van controlewerkzaamheden na 31 december 2003 niet zou worden verlengd, aangezien de opdracht voor de uitvoering van de luchtvaartbeveiligingstaken op de luchthaven was gegund aan de vennootschap Kötter Aviation Security GmbH & Co. KG (hierna: „Kötter”). Laatst-

1 — Oorspronkelijke taal: Portugees.

2 — Deze richtlijn codificeert de bij richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (PB L 201, blz. 88) in 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 vestigingen (PB L 61, blz. 26) aangebrachte wijzigingen.

3 — Hierna: „opdrachtgever”.

genoemde is met haar werkzaamheden op 1 januari 2004 begonnen.

3. Volgens de bepalingen van de overeenkomst, die bij de vervanging van de opdrachtnemer niet zijn gewijzigd, stelt de Bondsrepubliek Duitsland de voor de uitvoering van de controles noodzakelijke luchtvaartbeveiligingsapparatuur ter beschikking van Kötter en neemt zij het onderhoud ervan voor haar rekening. Het betreft detectiepoorten, bagagebanden met automatische röntgencontrole (installatie voor bagagecontrole en doorlichtingsapparatuur), handdetectoren alsook opsporingsapparatuur voor explosieven.

4. In de overeenkomst is eveneens bepaald dat de opdrachtnemer § 29 c, lid 1, van het Luftverkehrsgesetz (wet op het luchtverkeer) in acht moet nemen, volgens welke „[d]e bescherming tegen aantasting van de veiligheid van het luchtverkeer, met name tegen vliegtuigkapingen en sabotage, [...] een taak [is] van de luchtvaartautoriteiten. De territoriale bevoegdheid van de luchtvaartautoriteiten strekt zich daartoe uit tot het gehele luchthaventerrein. Voorzover voor de vervulling van deze taken het fouilleren van personen en het doorzoeken, doorlichten of andere vormen van controle van voorwerpen noodzakelijk zijn, kunnen de luchtvaartautoriteiten gebruikmaken van de diensten van daarvoor geschikte personen, die onder hun toezicht moeten werken.”⁴

5. Bijgevolg dienen de werknemers van de opdrachtnemer die deze controletaken moeten uitvoeren een bijzondere opleiding van vier weken te volgen en een examen voor luchtvaartbeveiligingsassistent af te leggen, teneinde van overheidswege te worden geautoriseerd tot het uitoefenen van deze controlewerkzaamheden.

6. Güney-Görres en Demir waren sedert 26 april 2000, respectievelijk 7 mei 2001 als beveiligingsmedewerksters werkzaam en vielen als zodanig onder de voorschriften van § 29 c van het Luftverkehrsgesetz. Bij aan elk van beiden gezonden brief van 26 november 2003 heeft Securicor hun arbeidsovereenkomst met ingang van 31 december 2003 opgezegd. Deze werknemers hebben daarop gereageerd met het instellen van vorderingen bij het Arbeitsgericht Düsseldorf, die aldaar op 18 december 2003 zijn geregistreerd en die strekten tot de verkrijging van een verklaring voor recht dat hun arbeidsovereenkomsten met de nieuwe opdrachtnemer moesten worden voortgezet, omdat sprake was van een overgang van onderneming.

7. Het begrip „overgang” van onderneming wordt in artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 als volgt gedefinieerd:

„a) Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigin-

⁴ — Deze wet wordt aangehaald in de versie van de afkondiging van 27 maart 1999 (BGBl. 1999 I, blz. 550), laatstelijk gewijzigd bij wet van 6 april 2004 (BGBl. 2004 I, blz. 550).

gen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

- b) Onder voorbehoud van het bepaalde sub a, en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.”⁵

8. In het Duitse recht werd deze bepaling omgezet bij § 613 a van het Bürgerliche Gesetzbuch, waarvan lid 1 met name bepaalt dat „[w]anneer een vestiging of een onderdeel daarvan ten gevolge van een rechtshandeling overgaat op een andere eigenaar, [deze eigenaar] treedt [...] in de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de ten tijde van de overgang bestaande arbeidsverhoudingen”.

9. Volgens het Arbeitsgericht Düsseldorf hangt het bestaan van een overgang van onderneming af van de eventuele overgang

van bedrijfsmiddelen, te weten de luchtvaart-beveiligingsapparatuur, van Securicor op Kötter. Te dien aanzien staat vast dat Kötter dezelfde bedrijfsmiddelen gebruikt als Securicor, die door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld. De verwijzende rechter vraagt zich af, of deze omstandigheid volstaat om aan te nemen dat sprake is van een overgang van vestiging in de zin van artikel 1 van richtlijn 2001/23, zoals uitgelegd door het Hof in zijn arrest Abler e.a.⁶ In dat arrest heeft het Hof, uitgaande van het feit dat een opdrachtgever materiële activa ter beschikking had gesteld, geconcludeerd dat sprake was van een overgang van onderneming tussen elkaar opvolgende dienstverleners. De twijfel van de verwijzende rechter wordt eveneens veroorzaakt door de uitlegging van het begrip overgang in de rechtspraak van het Bundesarbeitsgericht, dat van mening is dat de ter beschikking van de opdrachtnemer gestelde bedrijfsmiddelen slechts geacht kunnen worden een bedrijfsmiddel van deze laatste te zijn wanneer zij „voor eigen rekening” worden gebruikt.⁷ Bijgevolg heeft het Arbeitsgericht Düsseldorf bij twee afzonderlijke beslissingen van 3 mei 2004, die bij beschikking van de president van het Hof van 9 juli 2004 wegens de overeenkomst tussen de gestelde vragen zijn gevoegd, de volgende vragen aan het Hof voorgelegd:

- „1) Mag bij de beantwoording van de vraag of in het geval van gunning van een nieuwe opdracht sprake is van overgang

6 — Arrest van 20 november 2003 (C-340/01. Jurispr. blz. I-14023).

7 — Arrest van de Achtste kamer van het Bundesarbeitsgericht van 11 december 1997 (8 AZR 426/94, BAGF 87, 296), beschikking van 22 januari 1998 (8 ABR 83/96), nog niet gepubliceerd, en arrest van 25 mei 2000 (8 AZR 337/99), nog niet gepubliceerd, producties bij de opmerkingen van de Duitse regering.

5 — Deze definitie is ongewijzigd gebleven in vergelijking met de versie van richtlijn 98/50.

van een vestiging in de zin van artikel 1 van richtlijn 2001/23/EG — onafhankelijk van de kwestie van de eigendomsverhoudingen — , gelet op alle feiten, als voorwaarde voor de overgang van de bedrijfsmiddelen van de oorspronkelijke op de nieuwe opdrachtnemer worden gesteld, dat de bedrijfsmiddelen voor gebruik voor eigen rekening worden overgedragen? Is het voor een bevestigend antwoord op de vraag of de bedrijfsmiddelen zijn overgegaan, derhalve noodzakelijk dat de opdrachtnemer de bevoegdheid is verleend, naar eigen bedrijfseconomische inzichten over de wijze van gebruik van de bedrijfsmiddelen te beslissen? Maakt het daarom verschil of de opdrachtnemer de diensten ‘aan’ of ‘met’ de bedrijfsmiddelen van de opdrachtgever verricht?

- 2) Ingeval het Hof de eerste vraag bevestigend beantwoordt:

- a) Is er geen sprake meer van bedrijfsmiddelen voor gebruik voor eigen rekening wanneer de opdrachtgever deze slechts voor gebruik beschikbaar stelt aan de opdrachtnemer en hij het onderhoud, met inbegrip van de daarmee verbonden kosten, voor zijn rekening neemt?

- b) Is er sprake van gebruik voor eigen rekening door de opdrachtnemer wanneer hij bij de passagierscontrole op luchthavens de door de opdrachtgever hiertoe ter beschikking gestelde detectorpoorten, handdetectoren en doorlichtingsapparatuur gebruikt?”

10. Beide vragen beogen de voorwaarden te doen definiëren waaronder kan worden aangenomen dat een overgang van bedrijfsmiddelen heeft plaatsgehad, wanneer deze middelen door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld van elkaar opvolgende opdrachtnemers.

11. Ik wijs er om te beginnen op dat de toepasselijkheid van richtlijn 2001/23 op dienstverleningsopdrachten buiten kijf staat. In het arrest *Watson Rask en Christensen*⁸ heeft het Hof deze mogelijkheid namelijk bevestigd. Later is deze uitlegging bevestigd in de arresten *Schmidt*⁹ en *Süzen*¹⁰. Bij wijze van voorbeelden van de toepassing van

8 — Arrest van 12 november 1992 (C-209/91, Jurispr. blz. I-5755, punt 17).

9 — Arrest van 14 april 1994 (C-392/92, Jurispr. blz. I-1311, punten 12-14). Na dit arrest, dat in de doctrine heftig is bekritiseerd, heeft de Commissie echter in een voorstel tot wijziging van richtlijn 77/187 voorgesteld een onderscheid te maken tussen enerzijds de overgang van een eenheid en anderzijds de overgang van alleen een activiteit van een eenheid, waarbij deze laatste niet binnen de werkingssfeer van de richtlijn zou vallen. Wegens de oppositie in het Europees Parlement heeft de Commissie van de Europese Gemeenschappen haar oorspronkelijke voorstel gewijzigd en deze bepaling uit de tekst verwijderd. Nochtans is in het arrest van 11 maart 1997, *Süzen* (C-13/95, Jurispr. blz. I-1259) hetzelfde onderscheid gemaakt tussen een entiteit en een „loutere activiteit”.

10 — Arrest reeds aangehaald.

richtlijn 2001/23 op elkaar opvolgende opdrachten kunnen de zaken *Hidalgo e.a.*¹¹, *Hernandez Vidal e.a.*¹², *Allen e.a.*¹³, *Liikenne*¹⁴, *Temco*¹⁵ en, laatstelijk, *Abler e.a.*, reeds aangehaald, worden genoemd.

ming van de werknemers¹⁸ en anderzijds de verwezenlijking van de gemeenschappelijke markt.¹⁹

12. Ofschoon de rechtspraak over dit onderwerp overvloedig is, is het debat over het begrip overgang van onderneming nog niet beëindigd, omdat de advocaten-generaal van het Hof argumenten blijven aanvoeren die erop zijn gericht de extensieve uitlegging van dit begrip door het Hof ter discussie te stellen.¹⁶ Het valt de rechtspraak soms moeilijk, een duidelijke grens te trekken tussen de overgang van een activiteit en de overgang van een onderneming.¹⁷ Een dergelijke grens staat echter garant voor een evenwicht tussen de twee door richtlijn 2001/23 nagestreefde doeleinden, te weten enerzijds en in de eerste plaats de bescher-

13. Opdat een entiteit haar identiteit na een overgang behoudt, dient zij voordien als een autonome entiteit te hebben bestaan.²⁰ Anders dan Kötter ter terechtzitting heeft verdedigd, twijfel ik niet aan het bestaan van een economische eenheid bestemd om op de luchthaven van Düsseldorf controleactiviteiten te verrichten. Toch dient voor de beantwoording van de vragen van de verwijzende rechter allereerst te worden vastgesteld, of de door de opdrachtgever ter beschikking gestelde middelen deel uitmaken van de overgedragen eenheid, dat wil zeggen beoordeeld moet worden of deze ter beschikking van Securicor gestelde middelen aan haar kunnen worden toegerekend. Hiertoe is de aard van de terbeschikkingstelling van doorslaggevend belang. In een tweede fase van de redenering zal ik mij bezighouden met de vraag naar het behoud van de identiteit van de eenheid.

11 — Arrest van 10 december 1998 (C-173/96 en C-247/96, Jurispr. blz. I-8237).

12 — Arrest van 10 december 1998 (C-127/96, C-229/96 en C-74/97, Jurispr. blz. I-8179).

13 — Arrest van 2 december 1999 (C-234/98, Jurispr. blz. I-8643).

14 — Arrest van 25 januari 2001 (C-172/99, Jurispr. blz. I-745).

15 — Arrest van 24 januari 2002 (C-51/00, Jurispr. blz. I-969).

16 — Zo moesten bijvoorbeeld volgens advocaat-generaal Geelhoed de feitelijke omstandigheden in de zaak *Abler e.a.*, reeds aangehaald, worden beoordeeld als „verlies van een opdracht van de oorspronkelijke dienstverlener en de verwerving van een opdracht door de nieuwe dienstverlener” (punt 54) en niet als een overgang van onderneming. In punt 38 van zijn conclusie in de zaak *Temco*, reeds aangehaald, benadrukt advocaat-generaal Geelhoed eveneens het belang van de economische context en stelt hij dat „[d]e dynamiek van de markt [...] verstoord [dreigt] te worden indien te soepel een overname in de zin van de richtlijn zou worden aangenomen”.

17 — Alleen de tweede valt binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/23. Een overgang van activiteiten is één van de elementen die van de overgang van een onderneming deel uitmaken. Voorts is vereist dat ook een duurzame economische eenheid die de activiteit uitvoert, wordt overgedragen. Zie voor het begrip economische eenheid met name de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de reeds genoemde zaak *Schmidt*, punten 13 en 14; Pochet, P., *L'apport de l'arrêt Schmidt à la définition du transfert d'une entité économique*, *Droit social*, 1994, blz. 931, en O'Leary, S., *Employment Law at the European Court of Justice*, Oxford, 2002, blz. 259.

18 — Zie, laatstelijk, arrest van 26 mei 2005, *Celtec* (C-478/03, punten 26 en 27, Jurispr. blz. I-4389). Zie ook Mertens de Wilmars, J., en Nyssens, H., „Intégration européenne et correction des mécanismes du marché: un modèle économique et social européen”, *Philosophie du droit et droit économique: Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, 1999, blz. 557.

19 — Richtlijn 2001/23 houdt meer in het algemeen rekening met de economische vereisten, omdat in artikel 5, lid 1, is bepaald dat zij in beginsel niet van toepassing is wanneer de vervreemder is vervikeld in een faillissementsprocedure of een insolventieprocedure. Zie, over het evenwicht tussen de twee door de richtlijn nagestreefde doeleinden, Kenner, J., *EU Employment Law, From Rome to Amsterdam and beyond*, Oxford, 2003, blz. 352.

20 — Vaste rechtspraak: arrest *Süzen*, reeds aangehaald, punt 13; arrest van 19 september 1995, *Rygaard* (C-48/94, Jurispr. blz. I-2745, punt 20); arresten *Liikenne*, reeds aangehaald, punt 31, en *Abler e.a.*, reeds aangehaald, punt 30.

II — Inleidende overwegingen betreffende de overgang van bedrijfsmiddelen van de opdrachtgever op de dienstverleners

14. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de door de opdrachtgever ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen deel uitmaken van de over te dragen economische eenheid. Mag men aannemen, zoals de nationale rechter doet, dat het arrest Abler e.a., reeds aangehaald, deze vraag beantwoordt?

15. Uit de rechtspraak volgt inderdaad dat een eigendomsoverdracht niet noodzakelijk is voor een overgang van materiële bedrijfsmiddelen of van onroerend goed. In de zaak Redmond Stichting²¹ bijvoorbeeld huurde eerst Redmond Stichting, die een gemeentelijke subsidie ontving, en vervolgens Sigma een onroerend goed van de gemeente. Tot de factoren op grond waarvan kon worden aangenomen dat sprake was van een overgang rekende het Hof ook het feit dat „het door de Redmond Stichting gehuurde gebouw [...] aan de Stichting Sigma [is] verhuurd”.²² Aldus sluit de omstandigheid dat tussen de dienstverleners geen eigendom werd overgedragen niet uit, dat sprake is van een overgang van activa, zodra wordt gecon-

stateerd dat de betrokken activa deel uitmaken van de over te dragen eenheid.²³

16. De vraag onder welke omstandigheden een terbeschikkingstelling van activa door een opdrachtgever neerkomt op de integratie van deze activa in de over te dragen eenheid van de dienstverlener is moeilijker te beantwoorden. De rechtspraak verschaft dienaangaande geen duidelijke aanwijzing. Integendeel, zij is verdeeld.

17. In het kader van een opvolging van ondernemingen bij de uitvoering van schoonmaakactiviteiten heeft het Hof zich in het arrest Süzen, zonder zich daarover rechtstreeks uit te spreken, beperkt tot de opmerking dat de identiteit van een economische entiteit blijkt uit factoren zoals in voorkomend geval „de productiemiddelen” die door de opdrachtgever ter beschikking werden gesteld.²⁴

18. In een later arrest, gewezen in de zaak Watson Rask en Christensen²⁵, lijkt het Hof wederom te hebben gearzeld bij de bepaling van zijn standpunt. De vennootschap Philips vertrouwd voor de eerste keer het beheer van de bedrijfskantine van haar onderneming aan een externe dienstverlener toe. Zonder financiële tegenprestatie stelde zij ter beschikking van de vennootschap ISS Kantineservice de door deze laatste goedgekeurde verkoop- en productielokalen, de voor de exploitatie van de kantine benodigde outillage, elektriciteit, verwarming en telefoon, en zegde zij toe voor het dagelijks

21 — Arrest van 19 mei 1992 (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189).

22 — Punt 26 van het arrest. In punt 13 van zijn conclusie gaf advocaat-generaal Van Gerven als zijn mening te kennen dat „[...] de facto [ook] een overdracht van de materiële activa plaats[vond], in die zin dat het door de gemeente Groningen aan Sophie Redmond verhuurde gebouw met ingang van 1 januari 1991 aan Sigma werd verhuurd”.

23 — Zie eveneens het al genoemde arrest Abler e.a., punt 42, en het arrest van het EFTA-Hof van 10 december 2004, Rasmussen (E-2/04, nog niet gepubliceerd).

24 — Reeds aangehaald arrest, punt 15.

25 — Reeds aangehaald arrest.

onderhoud van de lokalen en outillage en voor de vuilafvoer te zorgen.²⁶ In punt 6 van zijn conclusie oordeelde advocaat-generaal Van Gerven dat deze situatie erop neerkwam dat Philips haar roerende goederen niet had overgedragen. Het Hof constateert slechts, dat richtlijn 77/187 van toepassing is op een geval van overdracht van exploitatie, overwegende dat de terbeschikkingstelling van bedrijfsmiddelen door de opdrachtgever behoort tot de „verschillende voordelen, waarvan de modaliteiten in de [tussen de twee ondernemingen] gesloten overeenkomst worden bepaald”.²⁷

19. De vraag naar de gevolgen die moeten worden verbonden aan een terbeschikkingstelling van activa door de opdrachtgever lijkt evenwel reeds te zijn beantwoord in het arrest Temco, voornoemd. In die zaak stelde Volkswagen de middelen die nodig waren voor de schoonmaak van haar industriële installaties ter beschikking van schoonmaak-ondernemingen waarmee zij een overeenkomst had gesloten. Het Hof aanvaardde de analyse van de nationale rechter die uit dit feit afleidde dat geen enkel element van de activa van de ene dienstverlener op de andere was overgegaan.²⁸ Niets belet immers dat de ter beschikking gestelde activa door een opdrachtnemer en vervolgens door zijn opvolger worden benut, zonder dat zij daarmee deel uitmaken van de over te dragen eenheid.

20. Anders dan het Hof in dit arrest lijkt te hebben vastgesteld, heeft het in zijn al genoemde arrest Abler e.a. een andere benadering toegepast, namelijk door te erkennen dat in bepaalde gevallen een terbeschikkingstelling van activa door de opdrachtgever kan leiden tot een overgang van activa tussen de dienstverleners. In die zaak, waarin twee dienstverleners elkaar opvolgden met betrekking tot de catering in een ziekenhuis, stelde het bestuursorgaan tot hun beschikking de ruimten zelf alsmede het water, de energie en de benodigde kleine en grote keukenuitrusting. Het Hof constateerde dat „de voor de betrokken activiteit benodigde materiële activa [...] door Sodexho [zijn] overgenomen”.²⁹ Deze slot-som impliceert noodzakelijkerwijs, zoals de Duitse regering tijdens de mondelinge behandeling heeft opgemerkt, dat de betrokken materiële activa deel uitmaakten van de over te dragen eenheid, ofschoon het ziekenhuis de eigendom ervan heeft behouden.³⁰

21. Terwijl dus in de reeds aangehaalde zaak Temco een terbeschikkingstelling van bedrijfsmiddelen door de opdrachtgever niet ertoe leidde dat deze middelen een onderdeel vormden van de over te dragen eenheid, werd in het arrest Abler e.a. anders geoordeeld.³¹ Het is verwarrend dat dit verschil niet voortvloeit uit de toepassing van een

26 — Arrest Watson Rask en Christensen, reeds aangehaald, punt 6.

27 — Arrest Watson Rask en Christensen, reeds aangehaald, punt 1 van het dictum.

28 — Conclusie in de zaak Temco, reeds aangehaald, punt 25. Ik wijs erop dat het Hof in deze zaak heeft vastgesteld dat tussen de dienstverleners een overgang van de onderneming had plaatsgehad wegens de overname door de tweede dienstverlener van een wezenlijk deel van de deskundigheid van het personeel.

29 — Arrest Abler e.a., reeds aangehaald, punt 36.

30 — Ik wijs erop dat advocaat-generaal Geelhoed in punt 77 van zijn conclusie een tegengestelde oplossing heeft voorgesteld: „Aangezien de opdrachtgever eigenaar is van de productiemiddelen, zal na afloop van het contract de opdrachtgever weer zelf volledig de beschikking krijgen over deze productiemiddelen. Er is in de onderhavige situatie dan ook geen sprake van het overnemen van deze activa.”

31 — Dit oordeel zou kunnen worden verklaard als de resultante van de wens van het Hof om te voorkomen dat partijen via een overeenkomst de toepassing van richtlijn 77/187 uitsluiten.

criterium op grond waarvan tussen de twee gevallen onderscheid kan worden gemaakt. Integendeel, het lijkt erop, zoals de Duitse regering in haar mondelinge opmerkingen heeft verdedigd, dat deze divergerende rechtspraak kan worden geduid als het gevolg van het ontbreken van een werkbaar criterium.

22. Gelet op deze wankelende rechtspraak en anders dan Securicor betoogt, verdient het aanbeveling een zodanige veralgemening te vermijden dat elke terbeschikkingstelling van bedrijfsmiddelen door een opdrachtgever op één lijn wordt gesteld met de integratie van de genoemde middelen in de over te dragen eenheid. In dat geval zou, zoals de Duitse regering tijdens de mondelinge behandeling heeft opgemerkt, elke opvolging van dienstverleners voor de uitvoering van een opdracht als een overgang van onderneming worden gekwalificeerd wanneer wordt voldaan aan de enkele voorwaarde dat activa door de opdrachtgever te hunner beschikking zijn gesteld. Alsdan zou het risico bestaan dat alleen al het verlies van een opdracht aan een concurrent over één kam zou worden geschoren met een overgang van onderneming, in strijd met de vaste rechtspraak van het Hof.³² De scheidslijn tussen een overgang van onderneming en een overgang van activiteiten zou dan wederom vaag worden.³³

32 — Arrest *Süzen*, reeds aangehaald, punt 16: „Het loutere verlies van een opdracht aan een concurrent kan als zodanig niet een aanwijzing voor een overgang in de zin van de richtlijn zijn. De onderneming waaraan de dienst voordien was opgedragen, verliest weliswaar een cliënt, maar blijft niettemin in haar volle omvang voortbestaan, zonder dat er sprake is van een overgang van één van haar vestigingen of onderdelen daarvan op de nieuwe opdrachtnemer.”

33 — Zie, over de gevaren van deze verwarring, bijvoorbeeld de kroniek van Déprez, J., *RJS*, 1995, nr. 5, blz. 315, of Bailly, P., *Le flou de l'article L. 122-12, alinéa 2, du Code du travail*, *Droit social*, 2004, blz. 366.

23. Bovendien zouden de economische consequenties van een dergelijke, niet op een logisch criterium stoelende veralgemening — zoals Kötter en de Duitse regering tijdens de mondelinge behandeling hebben opgemerkt — zeer ingrijpend kunnen zijn, omdat de gebieden waarop de dienstverleners met elkaar zouden kunnen concurreren aanzienlijk zouden worden verminderd: de automatische erkenning van een overgang van onderneming tussen elkaar opvolgende dienstverleners komt erop neer dat personeelskosten vaste kosten worden. De manoeuvreerruimte waarover de potentiële concurrenten zouden beschikken om zich in het kader van een aanbesteding voor een dienstverleningsopdracht te onderscheiden, zou tot een minimum worden beperkt, omdat zij alleen nog betrekking zou hebben op de organisatie van de deskundigheid van het personeel.³⁴

24. Nu een duidelijk onderscheidingscriterium in de rechtspraak ontbreekt, stelt de verwijzende rechter, daarin gesteund door de Duitse regering, voor om het antwoord op de vraag of de door een opdrachtgever ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen al dan niet kunnen worden toegerekend aan de opdrachtnemer die daarvan gebruikmaakt, te doen afhangen van het begrip „gebruik voor eigen rekening”.

34 — More, G., „The Acquired Rights Directive: Frustrating or Facilitating Labour Market Flexibility?”, *New Legal Dynamics of European Union*, 1995, blz. 129.

III — Het criterium van het gebruik voor eigen rekening

25. Volgens de rechtspraak van het Bundes-arbeitsgericht worden de door de opdrachtgever ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen op grond van het criterium van het gebruik voor eigen rekening een integrerend bestanddeel van de over te dragen economische eenheid, mits de dienstverlener de middelen vrijelijk in zijn eigen belang kan gebruiken.

26. Volgens de verwijzende rechter en de Duitse regering kan aan de hand van dit criterium het standpunt van het Hof in de zaak Abler e.a. worden verklaard.³⁵ Sodexho kon namelijk de haar ter beschikking gestelde keuken vrijelijk gebruiken. Zij handelde met inachtneming van haar eigen economisch belang zowel bij de samenstelling van de menu's als bij de levering aan andere klanten dan het ziekenhuis. Bovendien kwamen de onderhoudskosten ten laste van de gebruiker van de bedrijfsmiddelen. In het onderhavige geval, zo stelt de Duitse regering, kan daarentegen de apparatuur voor de controle van de passagiers die ter beschikking van Securicor is gesteld, niet geacht worden deel uit te maken van een over te dragen eenheid, omdat Securicor bij het gebruik ervan over geen enkele manoeuvreerruimte beschikt.

³⁵ — De Duitse doctrine heeft daarentegen gewezen op het gevaar dat het arrest Abler e.a. en het criterium van het gebruik voor eigen rekening in tegenspraak met elkaar zijn: Adam, R., Betriebsübergang — Der Übergang materieller Betriebsmittel als Tatbestandsmerkmal des 613a BGB, Monatsschrift für Deutsches Recht, 2004, nr. 16, blz. 909; Willemssen, H.J., en Anuss, G., Auftragsnachfolge — Jetzt doch ein Betriebsübergang?, Der Betrieb, 2004, nr. 3, blz. 134.

27. Alvorens de relevantie te beoordelen van het door de verwijzende rechter voorgestelde criterium, wil ik verwijzen naar de tekst van artikel 1, lid 1, sub b, van richtlijn 2001/23, waarin een economische eenheid is gedefinieerd als „een geheel van georganiseerde middelen” „met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit”. Er is niets in de tekst van dit artikel dat voorschrijft of verbiedt een criterium uit te werken op grond waarvan de gevallen kunnen worden vastgesteld waarin een terbeschikkingstelling van activa in werkelijkheid neerkomt op een „overgang” van deze activa van de opdrachtgever naar de opdrachtnemer.

28. Om de volgende redenen komt het mij evenwel voor dat het criterium van het gebruik voor eigen rekening, zoals voorgesteld door de verwijzende rechter, niet werkbaar is.

29. Ten eerste berust het door de verwijzende rechter voorgestelde criterium op geen enkele normatieve rechtvaardiging. Het onderscheid tussen een situatie waarin sprake is van gebruik voor eigen rekening en een situatie waarin dit niet het geval is, strekt niet tot bescherming van de werknemers en heeft evenmin tot doel de verwezenlijking van de interne markt mogelijk te maken. Voor dit verschil in behandeling wordt geen enkele rechtvaardiging gegeven. Nu enig verband met de door richtlijn 2001/23 nagestreefde doelstellingen ontbreekt, is het voorgestelde criterium niet geloofwaardig.

30. Ten tweede echter volstaat voor de verwerping van het criterium van het gebruik voor eigen rekening niet de vaststelling dat dit criterium er in bepaalde gevallen toe leidt, dat de werkingssfeer van richtlijn 2001/23 wordt beperkt. Ofschoon niet voor betwisting vatbaar is dat deze richtlijn in de eerste plaats de bescherming van de werknemers beoogt, strekt zij evenzeer tot verwezenlijking van de interne markt, zoals blijkt uit het feit dat zij op grond van artikel 94 EG is vastgesteld. Derhalve kan niet worden volgehouden, zoals de Commissie en Securicor doen, dat de geest of het nuttig effect van richtlijn 2001/23 zou worden ondermijnd louter doordat zij niet van toepassing is op alle situaties waarin dienstverleners elkaar opvolgen, maar uitsluitend op situaties die overeenkomen met een overgang van onderneming.³⁶

31. Ten derde, ook al kan niet worden betwist dat Securicor bij het gebruik van controleapparatuur over minder flexibiliteit beschikt dan een kantine-exploiterende onderneming met betrekking tot een keuken, dit betekent nog niet dat alleen in het tweede geval sprake is van een overgang van activa. Zoals de Commissie tijdens de mondelinge behandeling heeft aangevoerd, is het verschil tussen de twee situaties slechts van graduele aard: de twee ondernemingen behouden een zekere flexibiliteit in de wijze waarop zij hun activiteit met behulp van te hunner beschik-

king gestelde bedrijfsmiddelen organiseren.³⁷

32. Bovendien bestaat het gevaar dat het criterium van het gebruik voor eigen rekening aanleiding geeft tot casuïstische debatten, waarvan de uitkomst voor de ondernemingen moeilijk te voorspellen is, hetgeen aan hun rechtszekerheid afbreuk doet. In dit opzicht volstaat het te verwijzen naar het arrest van het Bundesarbeitsgericht van 25 mei 2000, dat als bijlage bij de opmerkingen van de Duitse regering is gevoegd, om vast te stellen dat dit criterium inderdaad een gedetailleerde analyse vereist van de autonomie die de overeenkomst van dienstverlening aan de onderneming die deze dienst moet uitvoeren verleent. Aangezien evenwel elke dienstverlener jegens de opdrachtgever noodzakelijkerwijs een bepaalde economische autonomie bezit, kan op grond van dit criterium niet worden bepaald in welke gevallen een overgang van activa heeft plaatsgehad.

33. Ten slotte deel ik de opvatting van de Commissie dat het criterium van het gebruik voor eigen rekening teveel belang toekent aan de contractuele bepalingen die tussen de opdrachtgever en de dienstverlener zijn overeengekomen. Indien de inhoud van de overeenkomst beslissend werd voor de kwalificatie van een overdracht van onderne-

³⁶ — Dit onderscheid strookt met het hierboven uiteengezette onderscheid tussen de overgang van activiteiten en de overgang van onderneming.

³⁷ — Zie eveneens het al genoemde arrest Hidalgo e.a., punt 27: „Aan de vaststelling dat er binnen de onderneming van de opdrachtnemer sprake is van een voldoende gestructureerde en autonome eenheid, doet niet af de — overigens vaak voorkomende — omstandigheid dat deze onderneming specifieke door de opdrachtgever opgelegde verplichtingen moet nakomen. De invloed van de opdrachtgever op de door de opdrachtnemer verleende dienst kan weliswaar zeer ver gaan, maar dan nog behoudt de opdrachtnemer in de regel immers een zekere vrijheid, hoe beperkt ook, in de organisatie en uitvoering van deze dienst, en is zijn opdracht niet aldus op te vatten, dat hij slechts zijn personeel ter beschikking stelt van de opdrachtgever.”

ming, zouden de overeenkomstsluitende partijen derhalve de toepassing van richtlijn 2001/23 kunnen omzeilen. De inaanmerkingneming van de contractuele bepalingen tussen de opdrachtgever en de dienstverlener die de opdracht moet uitvoeren, moet daarentegen deel uitmaken van een objectieve beoordeling van de verschillende omstandigheden van het geval.³⁸

34. Per slot van rekening kan uit een contractuele bepaling waarin is voorzien in de terbeschikkingstelling van activa door de opdrachtgever, niet *automatisch* worden afgeleid dat een overgang van activa tussen de beide dienstverleners heeft plaatsgehad. Ware dit anders, dan zou dit aanleiding geven tot verarring tussen het voortbestaan van de activiteit en het voortbestaan van een onderneming.³⁹ De loutere terbeschikkingstelling van activa door de opdrachtgever zou namelijk een overgang van onderneming tussen de dienstverleners tot gevolg hebben.

35. Op grond van deze overwegingen komt het mij voor dat het criterium van het gebruik voor eigen rekening niet werkbaar is, omdat daardoor enerzijds niet de gevallen kunnen worden afgebakend waarin de bedrijfsmiddelen, ofschoon door de opdrachtgever ter beschikking gesteld, daadwerkelijk deel uitmaken van een afzonderlijke economische eenheid, en hiervoor anderzijds een normatieve rechtvaardiging ontbreekt.

36. In het licht van hun uitlegging van de al genoemde zaak Abler e.a., geven de Commissie en Securicor het Hof in overweging, als beslissend criterium te hanteren of de ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen noodzakelijk zijn voor het verrichten van de betrokken diensten. Dit alternatieve criterium houdt evenwel geen rekening met het feit dat de opdrachtnemer — die, nadat hij de opdracht heeft verkregen, gebonden is aan de voorwaarden van de met de opdrachtgever gesloten overeenkomst — geen keuzemogelijkheid meer heeft. Bovendien lijkt het een logische veronderstelling dat de opdrachtgever alleen de bedrijfsmiddelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de aan de opdrachtnemer toevertrouwde opdracht tot diens beschikking zal stellen.

37. Overigens duidt niets in het arrest Abler e.a. erop — ook al heeft het Hof daar uiteengezet dat de ter beschikking van de opdrachtnemer gestelde bedrijfsmiddelen, te weten diverse keukenapparatuur, nodig waren voor de uitvoering van de betrokken opdracht, bestaande in het verzorgen van maaltijden — dat deze factor doorslaggevend was. Ten slotte zou dit criterium niet de genoemde tegenspraak tussen de arresten Abler e.a. en Temco, voornoemd, kunnen opheffen, want de door de opdrachtgever in deze laatste zaak ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen waren eveneens nodig voor het verrichten van de dienst.

38 — Arrest van 18 maart 1986, Spijkers (24/85, Jurispr. blz. 1119, punt 13).

39 — Daarin schuilt ook het gevaar van het al genoemde arrest Abler e.a., omdat hierin kan worden gelezen dat het bestaan van een overgang van onderneming berust op de loutere omstandigheid dat een opdrachtgever een dienstverlener bedrijfsmiddelen ter beschikking heeft gesteld. Het is echter niet uitgesloten dat ter beschikking gestelde activa van de ene dienstverlener op de andere overgaan, vooral om te voorkomen dat de contractspartijen de toepassing van richtlijn 2001/23 op hun transactie trachten uit te sluiten.

38. Ofschoon mij op grond van de genoemde redenen noch het door de verwijzende rechter voorgestelde criterium

noch het criterium dat door de Commissie en Securicor is voorgesteld overtuigend voorkomt, moet nog worden nagegaan of een terbeschikkingstelling van activa door een opdrachtgever van invloed moet zijn op de vaststelling of sprake is van een overgang van onderneming tussen dienstverleners.

39. Wanneer tussen een opdrachtgever en opvolgende dienstverleners identieke dienstverleningsovereenkomsten zijn gesloten, is het bijzonder lastig de contouren van de over te dragen economische eenheid te bepalen, omdat talloze elementen van deze eenheid contractueel zijn vastgelegd. Zo is het inherent aan de aard van een in het kader van een aanbesteding gesloten overeenkomst, dat in het klantenbestand van de dienstverlener geen wijziging optreedt. Voorts vormen de ter beschikking gestelde middelen voor de opvolgende dienstverleners een constante in de vergelijking bij het uitbrengen van een offerte, evenals bijvoorbeeld de plaats waar de dienst moet worden verricht of, in het geval van Securicor en Kötter, de infrastructuur van de luchthaven Düsseldorf. De bedrijfsmiddelen die door de opdrachtgever ter beschikking worden gesteld, zullen namelijk alle door de opvolgende dienstverleners worden gebruikt, aangezien zij op dit punt geen keus hebben. Anders gezegd, de ter beschikking gestelde middelen vallen buiten de controlesfeer van de elkaar opvolgende dienstverleners en kunnen bijgevolg niet geacht worden deel uit te maken van een over te dragen organisatorische eenheid.

40. Om vast te stellen of in het onderhavige geval sprake is van een overgang van onderneming, dient de analyse daarom, met

toepassing van de in het arrest Spijkers⁴⁰ gedefinieerde criteria, te worden toegespitst op de bestanddelen van de economische eenheid die eigen aan de dienstverlener zijn. Alleen op deze wijze kan men zich ervan vergewissen dat de overgang, overeenkomstig de tekst en de doelstelling van artikel 1 van richtlijn 2001/23, betrekking heeft op een autonome economische eenheid. Aangezien zij uitsluitend betrekking heeft op het gebruik voor eigen rekening, dient de eerste vraag van de nationale rechter ontkennend te worden beantwoord. Bijgevolg geldt dit ook voor de tweede vraag.

41. Aangezien de bedrijfsmiddelen die nodig zijn voor de uitvoering van de eerst aan Securicor en vervolgens aan Kötter toevertrouwde controleactiviteiten verstrekt zijn door de Bondsrepubliek Duitsland, dient in de bij het Arbeitsgericht Düsseldorf aanhangige zaken het bestaan van een overgang van onderneming tussen deze twee dienstverleners te worden vastgesteld aan de hand van andere factoren dan deze terbeschikkingstelling.

42. Zoals de Duitse regering in het kader van haar schriftelijke opmerkingen uiteenzet, hebben de vragen van de nationale rechter slechts betrekking op één van de voor de beoordeling van de overgang nuttige ele-

40 — Reeds aangehaald arrest, punt 13: „Om vast te stellen of aan deze voorwaarden is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.”

menten. Uit het voorgestelde antwoord volgt dat dit element, de overgang van de ter beschikking gestelde bedrijfsmiddelen, niet van beslissende aard mag zijn. Gelet op de stukken van het dossier en teneinde de verwijzende rechter een voor de oplossing van deze zaak nuttig antwoord te geven, moeten daarom de consequenties van de voorgestelde analyse in de onderhavige omstandigheden worden onderzocht.

IV — De consequenties van de voorgestelde analyse voor de onderhavige zaak

43. Alvorens de feiten van deze zaak te onderzoeken, is het nodig te herinneren aan de voorwaarden waaronder een overgang van onderneming kan plaatsvinden zonder dat de overgang van activa noodzakelijk is.

44. In de reeds aangehaalde zaak *Redmond Stichting* had één van de prejudiciële vragen betrekking op de gevolgen van het ontbreken van een overgang van roerende goederen. Het Hof zette uiteen dat een dergelijke afwezigheid „op zichzelf niet aan de toepasselijkheid van de richtlijn in de weg lijkt te staan”, het aan de nationale rechter overlatende om dit element in het kader van zijn globale onderzoek mee te nemen.

45. In de al genoemde zaak *Liikenne* evenwel heeft het Hof, na te hebben geconstateerd dat de activa niet van de ene op de andere streekbusonderneming waren over-

gegaan, de toepassing van richtlijn 2001/23 uitgesloten, ofschoon een deel van het personeel van de ene onderneming naar de andere was overgegaan.

46. Deze ogenschijnlijk tegenstrijdige beslissingen tonen aan, hoe belangrijk het is vooraf de aard van de activiteit die eventueel wordt overgedragen, vast te stellen. De voor de vaststelling van een overgang van onderneming relevante elementen hangen immers af van de aard van de activiteit die door de economische eenheid wordt uitgeoefend.⁴¹

47. Dit criterium is door het Hof geïntroduceerd in verband met activiteiten die voornamelijk berusten op de arbeidskrachten en de deskundigheid van het personeel en heeft hem tot de conclusie gebracht dat „een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische entiteit kan vormen”.⁴² Hieruit volgt dat ten aanzien van een activiteit van deze aard „moet [...] 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”.⁴³

41 — Aangehaalde arresten *Sützen*, punt 18; *Hernandez Vidal e.a.*, punt 31; *Hidalgo e.a.*, punt 31; *Liikenne*, punt 35, en *Abler e.a.*, punt 35.

42 — Arrest *Sützen*, reeds aangehaald, punt 21. Met de introductie van dit onderscheid wil het Hof voorkomen dat de aan werknemers verleende bescherming geringer is wanneer zij werkzaam zijn in een sector waarin mankracht de meest wezenlijke factor vormt.

43 — *Idem*.

48. Wanneer daarentegen de betrokken activiteit niet in wezen berust op de arbeidskrachten en de deskundigheid van het personeel, hangt het bestaan van een overgang van onderneming in beginsel af van de vaststelling dat een overgang van activa tussen de ondernemingen heeft plaatsgehad.⁴⁴

49. Uit deze rechtspraak blijkt dat voor de vaststelling of een overgang van onderneming heeft plaatsgehad, allereerst de aard van de betrokken activiteit moet worden gekwalificeerd. De bewaking van een depot voor geneesmiddelen van de Bundeswehr is gekwalificeerd als een activiteit die voornamelijk berust op arbeidskrachten en hun deskundigheid.⁴⁵ Zoals Securicor in haar schriftelijke opmerkingen aanvoert, vergt in het onderhavige geval de controleactiviteit op een luchthaven, in tegenstelling tot een simpele bewakingsactiviteit, gespecialiseerd en geavanceerd controlemateriaal. Maar anders dan Securicor suggereert, is de aan een met de veiligheidscontrole in een luchthaven belaste onderneming opgelegde resultaatsverbintenis niet relevant voor het onderscheid tussen de betrokken activiteit en een bewakingsactiviteit, aangezien deze niet van invloed is op de organisatie van de betrokken economische eenheid.

50. Ofschoon het analyseren van het belang dat aan de verschillende criteria voor het bestaan van een overgang in de zin van richtlijn 2001/23 moet worden toegekend uiteindelijk een taak van de verwijzende rechter is, lijkt uit het dossier te volgen dat de specifieke door de opdrachtgever ter beschikking gestelde activa en een gekwalificeerd personeel de economische eenheid vormen waarvan de activiteit bestaat in het controleren van bagage en passagiers op een luchthaven.

51. Aangezien de speciale controleapparatuur hoe dan ook door de opdrachtgever ter beschikking van de elkaar opvolgende dienstverleners wordt gesteld, dient te worden nagegaan of de overname van het personeel tussen Securicor en Kötter betrekking heeft op een wezenlijk deel, qua aantal en deskundigheid, van de voor de uitvoering van de opdracht ingezette werknemers.⁴⁶

52. Het lijkt op het eerste gezicht paradoxaal om de conclusie dat sprake is van een overgang van onderneming te doen afhangen van een overgang van het personeel en zijn deskundigheid van de ene werkgever naar de andere, terwijl dit in beginsel de consequentie is die voortvloeit uit de erkenning dat een

44 — Zo heeft het Hof bijvoorbeeld vastgesteld dat „[b]usvervoer [...] niet [kan] worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist” (arrest Liikenne, reeds aangehaald, punt 39). Bijgevolg moet „het feit dat geen overgang van enig belang van dergelijke, voor de goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, [...] tot de conclusie leiden, dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden” (arrest Liikenne, reeds aangehaald, punt 42). Aldus was van een overgang van onderneming tussen twee met het busvervoer belaste vennootschappen geen sprake, omdat de tweede vennootschap de voertuigen niet van de eerste vennootschap had overgenomen.

45 — Arrest Hidalgo e.a., reeds aangehaald, punt 26.

46 — Dit criterium is ontleend aan het arrest Süzen, reeds aangehaald, en overgenomen in het arrest Temco, reeds aangehaald, punt 33.

overgang van de onderneming heeft plaatsgehad.⁴⁷ Dit criterium gaat evenwel op in een globale analyse van de feiten. Het wordt slechts van belang wanneer een overgang van activa ontbreekt, zodat andere elementen moeten worden aangewezen die een over te dragen eenheid kunnen vormen. Bovendien betreft het niet zozeer de overgang van personeel als zodanig, maar veeleer de overgang van diens specifieke deskundigheid, die als een georganiseerde eenheid wordt gekwalificeerd. Het doel hiervan is te beletten dat de partijen bij de overgang de toepassing van richtlijn 2001/23 kunnen uitsluiten.

53. Overigens heeft de kwalificatie van overgang van onderneming in de zin van artikel 1 van richtlijn 2001/23 weliswaar tot gevolg dat de werkgever van de overgedragen eenheid gehouden is de arbeidsovereenkomsten te handhaven⁴⁸, maar niets verzet zich ertegen dat hij zijn toevlucht neemt tot reorganisaties, die eventueel ontslagen impliceren, mits deze niet rechtstreeks verband houden met de overgang van onderneming.⁴⁹

47 — Zie bijvoorbeeld punt 80 van de conclusie van advocaat-generaal Cosmas in de zaak *Hernandez Vidal e.a.*, reeds aangehaald. De doctrine wijst eveneens op de paradox: *Davies, Taken to the cleaners? Contracting Out of Services Yet Again* 1997, 26 *ILJ* 193; Engels, C., en Salas, L., „Cause and consequence, what's the difference in respect of the EC Transfer Directive?“, *Labour Law and industrial relations at the turn of the century*, 1998, blz. 275, en Garde, A., *Recent Developments in the law relating to transfers of undertakings*, 39 *CMLRev.*, 2002, blz. 523. Gomes, J., in *Revista de direito e de estudos sociais*, 2004, blz. 213, voert in zijn commentaar op de zaak *Abler e.a.*, reeds aangehaald, een overtuigend tegenargument tegen deze redenering aan. Hij beklemtoont dat de ondernemingen die partij zijn bij een transactie noodzakelijkerwijs de macht hebben om te beslissen welke bestanddelen van de activa onder hun transactie vallen.

48 — Artikel 3 van richtlijn 2001/23.

49 — Artikel 4 van richtlijn 2001/23. Zie ook Hunt J., *The Court of Justice as a policy actor, the case of the Acquired Rights Directive*, 1998, *Legal Studies*, blz. 336.

54. Ten slotte treft het argument van de Bondsrepubliek Duitsland, dat de handhaving van de overeenkomsten in Duitsland bijzondere consequenties heeft wegens de starheid van het daar geldende arbeidsrecht, geen doel. Uit vaste rechtspraak volgt immers dat een lidstaat niet een beroep kan doen op zijn nationale recht om de toepassing van een communautaire richtlijn uit te sluiten.

55. Het staat vast dat Kötter 167 van de 295 werknemers die voorheen in dienst waren van Securicor en waren ingezet voor de controle van passagiers en bagage op de luchthaven Düsseldorf voor rekening van de Bondsrepubliek Duitsland, heeft overgenomen. Deze werknemers hebben een speciale opleiding gekregen, teneinde in staat te zijn de aan hun toevertrouwde controletaken uit te voeren.

56. Derhalve kan niet worden uitgesloten dat Kötter een wezenlijk deel van de deskundigheid van het personeel van haar voorganger heeft overgenomen. Indien dit het geval is, en onder voorbehoud van het onderzoek van alle relevante omstandigheden door de nationale rechter, lijken diverse factoren aanwezig te zijn die tot de conclusie leiden dat een overgang van onderneming in de zin van richtlijn 2001/23 van Securicor op Kötter heeft plaatsgehad.

V — Conclusie

57. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging de door het Arbeitsgericht Düsseldorf gestelde vragen te beantwoorden als volgt:

„Wanneer een nieuwe opdracht wordt gegund zonder dat activa van een dienstverlener op een andere dienstverlener overgaan, en de opdrachtgever de voor de uitvoering van de opdracht noodzakelijke bedrijfsmiddelen ter beschikking stelt van de elkaar opvolgende opdrachtnemers, is het bestaan van een overgang van onderneming van de ene dienstverrichter op de andere in de zin van artikel 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, niet afhankelijk van de voorwaarde dat deze middelen aan de dienstverrichter voor gebruik voor eigen rekening worden overgedragen, maar moet dit worden beoordeeld aan de hand van andere factoren dan deze terbeschikkingstelling, die rechtstreeks aan de dienstverrichter kunnen worden toegerekend, zoals de overgang van een wezenlijk deel van de deskundigheid van het personeel.”