Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited

HvJEG 25 januari 2001, JAR 2001/68

Definitie ondernemingsbegrip en overgangsbegrip van Richtlijn 98/50/EG (overgang van onderneming). Belang van soort werkzaamheden voor invulling van het ondernemingsbegrip.

1 Een betrouwbare bron van rechtspraak

Vanaf 1977 is de positie van werknemers in geval van overgang van hun onderneming op Europees niveau geregeld. Op 14 februari van dat jaar zag Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan het licht. Kern van de regeling is dat wanneer een *onderneming* overgaat – en die *overgang* dient *krachtens overeenkomst* te geschieden – alle aan de onderneming verbonden *werknemers* met behoud van al hun *rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst* automatisch mee overgaan.

Hoewel de hierin geregelde materie voor een aantal lidstaten – waaronder Nederland – nieuw was, heeft het negen jaren geduurd alvorens het Hof van Justitie van de EG een uitspraak deed over de reikwijdte van de belangrijkste bepalingen van deze richtlijn: in 1986 gaf het Hof in de Nederlandse zaak die bekend geworden is onder de naam Spijkers een definitie van twee van de hiervoor cursief weergegeven kernbegrippen van de richtlijn, te weten "onderneming" en "overgang". Sindsdien zijn deze twee definities vrijwel jaarlijks door het Hof aangescherpt, gerelativeerd en vooral: uitgebreid. De overvloedige rechtspraak van het Hof heeft in 1994 geleid tot een ontwerp-Richtlijn die het uiteindelijk niet heeft gehaald[1] en tot Richtlijn 98/50.[2] Deze laatste richtlijn bevat voornamelijk een codificatie van de rechtspraak van het Hof.[3] Louter ter rationalisering van de tekst is Richtlijn 77/187 op 12 maart 2001 ingetrokken en vervangen door Richtlijn 2001/23.[4]

Wie denkt dat de twee aanpassingen van de oorspronkelijke richtlijn uit 1977 ertoe hebben geleid dat de belangrijkste twistpunten over het bereik van de richtlijn uit de wereld zijn geholpen, komt bedrogen uit. Vooral het ondernemingsbegrip is en blijft een constante bron van misverstand en rechtspraak. Een recente uitspraak van het Hof, waarin wederom het ondernemingsbegrip aan de orde was, wordt in deze bijdrage besproken.

2 De Finse busmaatschappijen (Oy Liikenne Ab/P. Liskojärvi en P. Juntunen)

In deze zaak was de vraag aan de orde of de overdracht van exploitatie van buslijnen door middel van aanbesteding een overgang van onderneming had geconstitueerd. De feiten

---

[1] Ontwerp-EG-Richtlijn van 8 september 1994 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. Dit ontwerp is op 15 februari 1996 ingetrokken.
[2] Richtlijn van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan.
[3] Zie over deze richtlijn onder meer J.W. Loman, "Gewijzigde richtlijn overgang van ondernemingen: werk aan de winkel voor de wetgever", *ArbeidsRecht* 1999/5, 29, M. Holtzer, "De gewijzigde richtlijn overgang ondernemingen", *SR* 1999, p. 189-195 en nummer 7/8 van SR 2000 dat gewijd is aan deze richtlijn.
[4] Bij het noemen van artikelen ga ik uit van de nummering van Richtijn 98/50, nu het arrest onder de vigeur van die richtlijn is gewezen.

waren als volgt. Na een verzoek om indiening van offertes wees de Pääkaupunginseudun yhteistyövaltuuskunta (Samenwerkingsverband van het hoofdstedelijk gebied; hierna: PY) de exploitatie van zeven streekbuslijnen die voordien aan Hakunilan Liikenne Oy (hierna: Hakunilan) in concessie waren gegeven, voor drie jaar toe aan Oy Liikenne ab (hierna: Liikenne).

Hakunilan, die deze lijnen met zesentwintig bussen exploiteerde, ontsloeg daarop vijfenveertig chauffeurs, van wie er drieëndertig - al degenen die hadden gesolliciteerd - door Liikenne werden aangeworven. Liikenne nam ook achttien andere chauffeurs in dienst. De voormalige chauffeurs van Hakunilan werden aangeworven tegen de in de nationale CAO van de sector voorziene arbeidsvoorwaarden. Deze arbeidsvoorwaarden waren over het algemeen minder gunstig dan die bij Hakunilan.

Bij de overgang van Hakunilan naar Liikenne werden voertuigen noch andere activa die met de exploitatie van de betrokken buslijnen verband houden overgedragen. In afwachting van de levering van tweeëntwintig nieuwe bussen die zij had besteld, huurde Liikenne twee lijnbussen van Hakunilan voor ruim twee maanden. Verder kocht zij van Hakunilan de dienstuniformen over van de van laatstgenoemde afkomstige chauffeurs die zij in dienst had genomen.

Twee van de drieëndertig chauffeurs die door Hakunilan waren ontslagen en door Liikenne waren aangeworven - Liskojärvi en Juntunen – waren van mening dat er sprake was geweest van overgang van onderneming en dat zij derhalve recht hadden op dezelfde arbeidsvoorwaarden als bij hun vorige werkgever. Zij stelden bij de Vantaan käräjäoikeus (Rechtbank van eerste aanleg te Vantaa) een vordering in tegen Liikenne. Liikenne betwistte dat een overgang van onderneming had plaatsgehad. Bij vonnis van 17 juni 1996 wees de Vantaan käräjäoikeus de vordering van Liskojärvi en Juntunen toe. Nadat de Helsingin hovioikeus (Hof van Beroep te Helsinki) bij arrest van 23 oktober 1997 het hoger beroep van Liikenne tegen dit vonnis had verworpen, stelde Liikenne bij de Korkein oikeus cassatieberoep in.

In zijn verwijzingsbeschikking overwoog de Korkein oikeus, dat het begrip overgang van onderneming onduidelijk blijft, met name in gevallen zoals het onderhavige, waarin de overname van bedrijfsactiviteiten niet op een overeenkomst tussen partijen berust en niet gepaard gaat met een overdracht van activa van enig belang. Met andere woorden: zowel het overgangsbegrip (er was geen overeenkomst tussen partijen) als het ondernemingsbegrip (er waren geen activa van belang overgedragen) verdiende volgens de Finse rechter invulling door het Hof. De Korkein oikeus schorste de behandeling van de zaak en stelde het Hof van Justitie de volgende prejudiciële vraag:

Is er sprake van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG wanneer de exploitatie van autobuslijnen van de ene vervoersonderneming op een andere overgaat na een aanbestedingsprocedure overeenkomstig richtlijn 92/50/EEG betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening?[5]

3 De uitspraak van het Hof van Justitie – het overgangsbegrip

Liikenne stelde voor het Hof dat de prejudiciële vraag slechts ontkennend kon worden beantwoord. Daarbij stelde zij dat noch sprake was geweest van een overgang, noch van een onderneming. Bij de aanbesteding kwam immers geen enkele contractuele band tussen

[5] In het arrest stond het Hof ook stil bij de verhouding tussen Richtlijn 92/50 en Richtlijn 77/187. Op deze materie ga ik niet in; het volstaat op te merken dat het Hof meende dat de toepasselijkheid van de laatste richtlijn de doelstellingen van de eerste niet in gevaar kan brengen (r.o. 21 en 22).

Hakunilan en haarzelf tot stand; zij hadden zich de overgang van de exploitatie ook niet tot doel gesteld. In het verleden heeft het Hof weliswaar erkend dat een overgang in twee fasen kan geschieden via een derde,[6] bijvoorbeeld de eigenaar of verhuurder, maar PV zou niet als een dergelijke derde zijn te beschouwen, aangezien het niet de eigenaar is van de lijnen die het in concessie geeft, en evenmin de eigenaar is van de voor de exploitatie daarvan benodigde activa.

Volgens Liskojärvi en Juntunen, de Finse en de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie is niet van belang dat de overgang geschiedt bij wege van een aanbestedingsprocedure, dat er geen rechtstreekse contractuele band bestaat tussen de vervreemder en de verkrijger en dat de overgang het gevolg is van een eenzijdig besluit van de overheid.

Het Hof stelde, zoals het zo vaak had gedaan, dat voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van Richtlijn 77/187, beslissend is of de identiteit van de betrokken eenheid bewaard blijft, wat met name blijkt doordat de exploitatie ervan daadwerkelijk wordt voortgezet of wordt hervat.[7] Dat er geen contractuele band bestaat tussen de vervreemder en de verkrijger of, zoals in casu, tussen de twee ondernemingen waaraan achtereenvolgens de exploitatie van buslijnen is opgedragen, kan hierbij niet van doorslaggevend belang zijn. Het Hof verwees hierbij naar het arrest Süzen.[8] De richtlijn is immers van toepassing telkens wanneer in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt van de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en die als werkgever verplichtingen aangaat jegens de werknemers van de onderneming: "Voor de toepasselijkheid van de richtlijn is het derhalve niet noodzakelijk dat er rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de vervreemder en de verkrijger bestaan: de overgang kan ook in twee fasen geschieden via een derde, bijvoorbeeld de eigenaar of verhuurder". Hierbij verwees het Hof naar de zaak Merckx en Neuhuys, waarbij de overgang van een concessie via de concessieverlener eveneens als "overgang" werd gekwalificeerd.[9] Het Hof concludeerde ten aanzien van het overgangsbegrip dat "Richtlijn 77/187 (…)dus (kan) worden toegepast wanneer er geen rechtstreekse contractuele band bestaat tussen twee ondernemingen waaraan een publiekrechtelijke rechtspersoon achtereenvolgens, bij wege van een overeenkomstig richtlijn 92/50 georganiseerde procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht voor dienstverlening, een concessie voor een niet-maritieme openbaarvervoerdienst, zoals de exploitatie van geregelde streekbuslijnen, heeft verleend."

4 De uitspraak van het Hof van Justitie – het ondernemingsbegrip

Een overgang moet betrekking hebben op een economische eenheid, en een buslijn of zelfs een geheel van buslijnen vormt volgens Liikenne "duidelijk geen dergelijke eenheid". Liikenne had de activa die Hakunilan voor de exploitatie van de betrokken lijnen gebruikte niet overgenomen. Daarnaast had Liikenne de chauffeurs van Hakunilan op hun verzoek aangeworven; zij had elke werknemer die dat beroep mag uitoefenen in dienst kunnen nemen. Ten slotte zou "de toepassing van Richtlijn 77/187 op de aanbesteding van wegvervoerdiensten ernstige ongemakken meebrengen, daar de onderneming die de opdracht in de wacht sleept, verplichtingen moet aangaan die zij niet kent."

---

[6] HvJEG 17 december 1987, *NJ* 1989, 674 (Ny Mølle Kro).
[7] Voor het eerst opgemerkt in HvJ EG 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502 (Spijkers) en vervolgens meerdere malen herhaald.
[8] HvJEG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91.
[9] HvJEG 7 maart 1996, *JAR* 1996/169.

Liskojärvi en Juntunen, de Finse en de Nederlandse regering, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie stelden dat voor het antwoord op de vraag of er sprake is van een overgang beslissend is of de identiteit van de economische eenheid waarop de transactie betrekking heeft, bewaard blijft, wat met name blijkt doordat de exploitatie ervan wordt voortgezet of wordt hervat. Liskojärvi en Juntunen meenden dat de vraag van de Korkein oikeus bevestigend zou moeten worden beantwoord. De drie regeringen en de Commissie stelden, dat de verwijzende rechter aan de hand van de feitelijke omstandigheden van de transactie in de hoofdzaak zou moeten uitmaken of in casu sprake was van een overgang.

Het Hof moest ten aanzien van het ondernemingsbegrip eigenlijk twee vragen beantwoorden. Alvorens op het werkelijke ondernemingsbegrip in te gaan, moest de voorvraag worden beantwoord of het personenvervoer per autobus wellicht tot de uitoefening van het overheidsgezag behoorde. De slotzin van artikel 1 lid 1 onder c van Richtlijn 98/50 bepaalt immers – in navolging van het arrest Henke/Gemeinde Schierke[10] – dat een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten geen overgang in de zin van de richtlijn bewerkstelligt. Hiertoe stelde het Hof dat het feit dat een publiekrechtelijk lichaam de uitoefening van de betreffende activiteit achtereenvolgens aan verschillende ondernemingen heeft toegewezen, de toepassing van Richtlijn 77/187 niet uitsluit, aangezien het personenvervoer per autobus niet tot de uitoefening van het overheidsgezag behoort. In de situatie waarin een publiekrechtelijk lichaam dat de thuishulp aan hulpbehoevenden dan wel de bewaking van enkele lokalen aan een eerste onderneming had uitbesteed, bij de afloop of na de opzegging van de overeenkomst met deze onderneming had besloten de opdracht aan een tweede onderneming te gunnen, had het Hof ook al bepaald dat sprake was geweest van overgang van een onderneming.[11]

Vervolgens moest het Hof vaststellen of sprake was geweest van de overgang van "een duurzaam georganiseerde economische entiteit waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt".[12] Het begrip entiteit verwijst, zoals het Hof in het arrest Süzen had bepaald, naar een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Om vast te stellen of aan de voorwaarden voor een overgang van een entiteit is voldaan, moet evenwel rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken. Het Hof herhaalde de reeds in het arrest Spijkers genoemde elementen die daarbij een rol spelen: de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het feit dat de materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken al dan niet worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het feit dat vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer al dan niet wordt overgenomen, het feit dat de klantenkring al dan niet wordt overgedragen, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van de eventuele onderbreking van die activiteiten. Het Hof stelde dat al deze factoren slechts deelaspecten zijn van het te verrichten globale onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld.

Het deelaspect "of materiële activa zijn overgegaan" is expliciet aan de orde geweest: het Hof heeft er in het arrest Süzen op gewezen dat een economische entiteit in bepaalde sectoren zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, zodat het behoud van de identiteit van een dergelijke entiteit na de haar betreffende transactie in dat geval niet kan afhangen van de overdracht van dergelijke activa. Zo overwoog het Hof dat

---

[10] HvJ EG 15 oktober 1996, *JAR* 1996/254.
[11] HvJ EG 10 december 1998 (Hidalgo) en 1997, E-3/96, Tor Angeir Ask and Others/ABB Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS, Report of the EFTA Court 1997, p. 1, punt 33.
[12] HvJ EG 19 september 1995, *NJ* 1996, 520 (Rygaard).

voor zover in bepaalde sectoren, waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische entiteit kan vormen, moet worden erkend dat een dergelijke entiteit haar identiteit ook na de overdracht kan behouden, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel - qua aantal en deskundigheid - van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet.

Toegepast op de voorliggende zaak concludeerde het Hof dat busvervoer evenwel niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist. Dat voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer waren overgedragen, was volgens het Hof dan ook een omstandigheid "waarmee rekening moet worden gehouden". Deze opmerking werd even later als volgt geconcretiseerd:

"In een sector als het geregeld openbaar vervoer per autobus, waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, 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, evenwel tot de conclusie leiden, dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden. Daaruit volgt, dat in een situatie als die van het hoofdgeding richtlijn 77/187 niet van toepassing is wanneer geen materiële activa van enig belang van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer zijn overgedragen."

5 Geen relativering, wel een verfijning

De uitspraak van het Hof is te zien als een verfijning van het ondernemingsbegrip, ofschoon sommigen er wellicht een relativering in zullen zien. Dat laatste zou niet zo vreemd zijn, nu de uitspraken waarin het Hof *niet* het bestaan van een onderneming heeft aangenomen, zeer dun gezaaid zijn en het erop lijkt alsof het ondernemingsbegrip bij elke uitspraak van het Hof een stukje is opgerekt. Toch is geen sprake van een relativering. Met deze uitspraak is het Hof immers, zoals hierna zal blijken, niet afgeweken van eerdere rechtspraak. Voor wie de reeks arresten van het Hof over het ondernemingsbegrip goed heeft bijgehouden, zijn niet zozeer de elementen verrassend die het Hof als cruciaal bestempelde voor zijn conclusie dat geen onderneming was overgedragen – die elementen zijn immers dezelfde gebleven – als wel het feit dat het Hof nu eens aan één van die elementen een doorslaggevende betekenis toekende en wel met dit gevolg, dat de overname van de concessie en een deel van de chauffeurs geen overgang van onderneming had bewerkstelligd. Dat element betreft het reeds in het Spijkers-arrest genoemde element "de aard van de onderneming".

Om de argumentatie van het Hof op de juiste waarde te schatten, is het nuttig een overzicht te geven van de criteria die relevant zijn ter invulling van het ondernemingsbegrip. Ik put daarbij uit de criteria die het Hof zelf vanaf het eerste arrest over deze materie – het arrest Spijkers uit 1986 – tot het huidige arrest heeft ontwikkeld.

6 Synopsis van het ondernemingsbegrip 1986-2001

De eeuwenoude spreuk indachtig dat "welhaast alles in het getal zeven is verknoopt"[13] zal ik het ondernemingsbegrip aan de hand van zeven stellingen omschrijven.

Stelling 1: Een onderneming kan zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk van aard zijn

Het eerste lid van artikel 1 lid 1 bepaalt onder c dat de richtlijn van toepassing is op openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, waarbij het er niet toe doet of zij een winstoogmerk hebben. De Nederlandse wetgever bepaalt in artikel 7:662 BW dat onder onderneming tevens een dienst of instelling moet worden verstaan. Deze twee begrippen worden vervolgens niet gedefinieerd; problematisch voor een juiste invulling van het ondernemingsbegrip zijn ze echter niet.[14]

Ter codificatie van het arrest Henke van het Hof[15] bepaalt de slotzin dat een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten geen overgang in de zin van de richtlijn bewerkstelligt. Deze uitzondering staat niet in de Nederlandse wet, doch geldt alhier evenzeer. In de Henke-zaak was sprake van de vorming van een gemeenschappelijk bestuursorgaan door een aantal gemeenten (waaronder de gemeente Schierke), de "Brocken Verwaltungsgemeinschaft". Hiermee gingen publieke taken van de betreffende gemeenten over naar deze instelling. Uit de stukken was gebleken dat de reden voor oprichting van het lichaam was "het functioneren van de gemeenten te verbeteren." In de bewoordingen zoals die nu Richtlijn 98/50 zijn opgenomen, concludeerde het Hof dat dit geen overgang van onderneming was; mevrouw Henke, secretaresse bij de gemeente Schierke, was derhalve niet naar de Verwaltungsgemeinschaft overgegaan. Zoals in paragraaf 4 is aangegeven, deed deze situatie zich in de Finse busmaatschappijen-zaak niet voor: het Hof bepaalde immers dat personenvervoer per autobus niet tot de uitoefening van het overheidsgezag behoort en als zodanig niet onder de uitzonderingsbepaling van artikel 1 lid 1 onder c slotzin viel.

Met deze uitzondering is de principiële toepasselijkheid van de richtlijn op zowel de private als de publieke sector een gegeven. Voor de duidelijkheid merk ik op dat toepasselijkheid op de publieke sector, op overheidsorganen, iets anders is dan toepasselijkheid op overheidspersoneel. Dit laatste ziet immers op de reikwijdte van de richtlijn ten aanzien van het *werknemersbegrip* dat de richtlijn hanteert, welk begrip in casu niet aan de orde was.[16]

Stelling 2: Een winstoogmerk is niet vereist om als onderneming te kwalificeren

In Richtlijn 98/50 is in artikel 1 lid 1 onder c aangegeven dat zij van toepassing is op ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. Charitatieve instellingen, zoals een stichting die hulpverlening aan verslaafden verzorgt,[17] kan dus evengoed een onderneming zijn als een commerciële dienstverlener.

---

[13] Marcus Tullius Cicero, *Somnium Scipionis,* De republica VI, 18 ("qui numerus [zeven] rerum omnium fere nodus est").
[14] In wetsvoorstel 27 469 ter uitvoering van Richtlijn 98/50 verdwijnen deze termen.
[15] HvJ EG 15 oktober 1996, *JAR* 1996/254.
[16] Over het werknemersbegrip – en dan vooral over de positie van ambtenaren – is in de Nederlandse literatuur relatief veel aandacht besteed. Zie recentelijk R.M. Beltzer & M. Holtzer, "Het wetsvoorstel overgang van onderneming: de niet te onderschatten invloed van Richtlijn 98/50 EG", SMA 2001, p. 299-314.
[17] Hiervan was sprake in de zaak die leidde tot HvJ EG 19 mei 1992, NJ 1992, 476 (Sophie Redmond Stichting/Stichting Sigma).

Stelling 3: De rechtsvorm waarin de onderneming wordt gedreven is irrelevant voor het ondernemingsbegrip

Richtlijn 98/50 spreekt over overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan. Uit deze titel volgt reeds impliciet dat het er niet toe doet of een onderneming rechtspersoonlijkheid heeft; noch hoeft zij aan andere voorwaarden ten aanzien van haar rechtsvorm te voldoen. Een besloten vennootschap wier volledige activa en passiva worden overgedragen kan evenzeer een onderneming zijn als de afdeling klantenservice van een warenhuis. De termen "onderdeel" en "vestiging" hebben geen zelfstandige juridische betekenis; zij zijn geïncorporeerd in het ondernemingsbegrip.

Stelling 4: Externe gerichtheid is geen voorwaarde voor het ondernemingsbegrip

Een onderneming hoeft niet zelfstandig deel te nemen aan het maatschappelijk verkeer om als onderneming in de zin van Richtlijn 98/50 te kwalificeren. Dit brengt mee dat het ondernemingsbegrip van artikel 7:662 BW niet gelijk is aan dat van artikel 1 lid 1 onder c van de Wet op de ondernemingsraden, dat immers wel deze eis stelt. Een puur intern gerichte entiteit zoals een bewakingsdienst[18] kan net zo goed een onderneming zijn als een extern gerichte entiteit, zoals een garagebedrijf.

Stelling 5: Het belang dat de activiteit voor de gehele onderneming vertegenwoordigt doet niet ter zake

Een onderneming oefent vaak meerdere activiteiten uit. Een verzekeringsmaatschappij heeft als kernactiviteiten het ontwikkelen en verkopen van verzekeringsproducten. Daarnaast ontplooit zij andere activiteiten, zoals het ontwikkelen van "employee benefits" voor het personeel, het voorzien in lunches voor datzelfde het personeel en het laten bewaken en schoonmaken van de kantoorgebouwen. Al deze activiteiten kunnen op zichzelf beschouwd een onderneming in de zin van Richtlijn 98/50 EG zijn.

Dit kwam duidelijk naar voren in de zaak Schmidt.[19]Het Hof bepaalde in dit arrest dat de schoonmaakactiviteiten bij een bank, uitgeoefend door slechts één werkneemster, een onderneming constitueerde. De bank probeerde het Hof van het tegendeel te overtuigen door te stellen dat het hier slechts bijkomende werkzaamheden betrof, die noch als een hoofdtaak, noch als een neventaak van de bank kon worden gezien. Met deze stelling maakte het Hof korte metten: zoals het Hof reeds had opgemerkt in zijn arrest Watson Rask uit 1992,[20] kan de omstandigheid dat de overgedragen werkzaamheid voor de overdragende onderneming slechts een nevenwerkzaamheid is zonder noodzakelijk verband met haar statutair doel niet tot gevolg hebben dat die overdracht van de werking van de richtlijn is uitgesloten.

Stelling 6: Een onderneming moet duurzaam georganiseerd zijn en een georganiseerd geheel van elementen betreffen

Het arrest Rygaard uit 1995[21] is te beschouwen als het eerste arrest waarin het ondernemingsbegrip geen uitbreiding, maar een beperking heeft ondergaan. Op de vraag of de overname van twee leerlingen, een werknemer en wat materiaal in het kader van het

---

[18] HvJ EG 10 december 1998, C-247/96 (Ziemann).
[19] HvJ EG 14 april 1994, *JAR* 1994/107.
[20] HvJ EG 12 november 1992, *JAR* 1993/15.
[21] HvJ EG 19 september 1995, *NJ* 1996, 520.

afmaken van een aannemingsopdracht als overgang van een onderneming kan gelden, antwoordde het Hof:

"In bovengenoemde rechtspraak[22] wordt ervan uitgegaan, dat de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische entiteit, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt. De situatie van een onderneming die een van haar opdrachten voor voltooiing aan een andere onderneming overdraagt, valt buiten die hypothese. Een dergelijke overdracht kan slechts binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen, indien zij gepaard gaat met de overdracht van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet."

De relativering ten opzichte van eerdere uitspraken bestaat hieruit, dat het Hof bepaalde dat de overgang betrekking moet hebben op een duurzaam georganiseerde economische entiteit. Die duurzaamheid bestaat kennelijk niet indien een onderneming één van haar overeenkomsten ter volbrenging van een bepaalde opdracht overdraagt aan een andere onderneming.

Het duurzaamheidsvereiste uit het Rygaard-arrest zal niet voor veel problemen zorgen, maar de betekenis van het tevens in dat arrest genoemde vereiste dat sprake is van "een georganiseerd geheel van elementen" is niet direct helder. In het arrest Süzen[23] preciseerde het Hof hetgeen het in het arrest Rygaard ten aanzien van dit vereiste had bepaald. Süzen maakte schoon in een school op basis van een overeenkomst tussen Zehnacker en de school. De school zegde de overeenkomst op, naar aanleiding waarvan Zehnacker de arbeidsovereenkomst met Süzen opzegde. Een maand later begon Lehnart aan schoonmaakwerkzaamheden in de school. Süzen meende dat haar arbeidsovereenkomst met Zehnacker niet was geëindigd, nu er sprake zou zijn van een volgens de richtlijn verboden ontslag in verband met de overgang van een onderneming.[24] Op de prejudiciële vraag van het Duitse Arbeitsgericht of de richtlijn van toepassing is in een situatie waarin een opdrachtgever die het schoonmaken van zijn klaslokalen heeft opgedragen aan een onderneming, de overeenkomst met deze onderneming opzegt en aan een andere onderneming opdraagt, zonder dat er sprake is van overdracht van activa van de oude op de nieuwe opdrachtnemer, overwoog het Hof dat het ondernemingsbegrip een georganiseerd geheel van personen en elementen betreft waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. In het voorliggende geval concludeerde het Hof dat van overgang van een onderneming niet gesproken kan worden indien de opdrachtnemer niet een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor deze schoonmaakopdracht had ingezet, noch activa van betekenis van die voorganger op de opdrachtnemer zijn overgegaan.

Ofwel: is aan één van deze voorwaarden voldaan, dan kan wel sprake zijn van overgang van onderneming. Het is en blijft echter aan de rechter te beoordelen wanneer sprake is van een "wezenlijk deel" of van "activa van betekenis".

Stelling 7: Een onderneming verliest haar ondernemingsstatus in de zin van Richtlijn 98/50 indien zij door de overgang haar identiteit zou verliezen

---

[22] Het Hof verwees naar eigen eerdere uitspraken.
[23] HvJ EG 11 maart 1997, *JAR* 1997/91.
[24] In Duitsland is het vaste rechtspraak dat een werknemer in geval van overgang van een onderneming de keuze heeft bij de oude werkgever te blijven of bij de verkrijger in dienst te treden. Dit is het zogenaamde "Widerspruchsrecht".

Dit criterium leidt in de praktijk tot de grootste onduidelijkheid en het belang van het arrest over de Finse busmaatschappijen ligt vooral hierin dat juist dit criterium is verhelderd.

Maatgevend voor identiteitsbehoud is nog steeds het arrest Spijkers uit 1986. Om te kunnen spreken van een overgang van een onderneming die haar identiteit behoudt moet volgens het Hof een lopend bedrijf zijn overgegaan. Hierbij moet rekening worden gehouden met een aantal factoren. Deze factoren worden in vrijwel elk arrest dat het Hof nadien over het ondernemingsbegrip heeft gewezen woordelijk herhaald:

- de aard van de betrokken onderneming;
- of materiële activa zijn overgedragen;
- wat de waarde is van die activa;
- of vrijwel al het personeel is overgenomen door de verkrijger;
- of de klantenkring is overgedragen;
- in welke mate de ondernemingsactiviteiten voor en na de overgang met elkaar overeenkomen;
- of die activiteiten zijn onderbroken en zo ja, hoelang die onderbreking heeft geduurd.

Deze factoren zijn volgens het Hof niet limitatief, mogen niet op zichzelf beschouwd worden en er bestaat geen vastgestelde rangorde tussen deze factoren. Ze zijn dus slechts richtinggevend. Dit werkt interpretatieverschillen tussen rechters in de hand en zorgt ervoor dat nooit op voorhand met zekerheid kan worden gesteld of een onderneming haar identiteit behoudt. Zo oordeelde ten aanzien van hetzelfde feitencomplex de Utrechtse kantonrechter dat de overgang van een glasverzekeringsportefeuille geen, de Dordrechtse kantonrechter dat die wel een overgang van onderneming had bewerkstelligd.[25]

In de eerste jaren van het bestaan van Richtlijn 77/187 nam men aan dat ten minste materiële activa (de tweede hierboven genoemde factor) moesten zijn overgedragen om van een onderneming te kunnen spreken. Die veronderstelling verdween na het arrest Schmidt, waarin het Hof hierover opmerkte:

"De omstandigheid dat de overdracht van activa in de rechtspraak van het Hof wordt genoemd als één van de criteria waarmee de nationale rechter in het kader van het globale onderzoek van een ingewikkelde operatie rekening moet houden om te beoordelen of een onderneming daadwerkelijk is overgedragen, mag niet tot de conclusie leiden dat er zonder overdracht van activa geen overdracht is. Het doel van de richtlijn (…) is het behoud van de rechten van de werknemers en dit kan niet afhankelijk zijn van het in aanmerking nemen van één enkele factor die het Hof overigens op zich niet doorslaggevend heeft geacht."[26]

Wanneer de overdracht van materiële activa dan wel doorslaggevend kan zijn, is nu helderder geworden in het arrest over de Finse busmaatschappijen. De invulling van de eerste hierboven genoemde factor - de aard van de onderneming - bepaalt welk belang moet worden gehecht aan de overdracht van materiële activa – die volgens het Hof in het arrest Süzen weer wel "van enige betekenis" moeten zijn. Uit de arresten Schmidt en Süzen enerzijds en het arrest over de Finse busmaatschappijen anderzijds kan worden afgeleid dat het van belang kan zijn of de betreffende activiteit die overgaat wel of niet arbeidsintensief is. Een onderneming die arbeidsintensief is kan bestaan zonder materiële activa (Schmidt en Süzen). Brengt de aard van de onderneming echter mee dat het aanwezig zijn van materiële activa kenmerkend is voor de onderneming, dan kan deze onderneming niet haar identiteit

---

[25] Rb. Utrecht 14 mei 1997, *JAR* 1997/223 en Rb. Dordrecht 20 augustus 1997, *JAR* 1997/209.

[26] De Hoge Raad was overigens in zijn uitspraak van 20 februari 1987, *NJ* 1987, 504 reeds van mening, dat een overgang van een onderneming niet noodzakelijkerwijs overdracht van activa meebrengt.

behouden indien zij zonder die activa (of in ieder geval een deel daarvan dat als "van betekenis" kan worden gekwalificeerd) overgaat. Kon in de arresten Schmidt en Süzen sprake zijn van een onderneming die voornamelijk of zelfs alleen uit werknemers bestaat, bij de Finse busmaatschappijen waren juist de bussen van essentieel belang.

7 Geen oogmerkvereiste

Het Hof ging niet in op de stelling van Liikenne en Hakunilan dat zij zich de overgang van de exploitatie van de busdiensten niet tot doel hadden gesteld en dat aan het aannemen van een overgang in de weg stond. Een dergelijk vereiste, namelijk dat het doel van partijen ertoe doet voor het antwoord op de vraag of er een overgang heeft plaatsgevonden, zou inderdaad in Richtlijn 98/50 – niet in Richtlijn 77/187 – gelezen kunnen worden. Artikel 1 van de Richtlijn 98/50 bepaalt in het eerste lid onder b dat de richtlijn van toepassing is indien sprake is van een 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." Reeds eerder[27] heb ik betoogd dat de subjectieve bedoeling van partijen er niet toe mag doen, aangezien anders de werking van de richtlijn eenvoudig zou zijn te ontgaan. Steun voor deze stelling put ik uit de vierde overweging van de considerans bij de richtlijn, waarin staat dat met Richtlijn 98/50 beoogd wordt verduidelijking te scheppen ten opzichte van Richtlijn 77/187. Deze verduidelijking vormt "geen wijziging (…) van de werkingssfeer van Richtlijn 77/187/EG als uitgelegd door het Hof van Justitie". Bovendien heeft het Hof nooit gewezen op het bestaan van een oogmerkvereiste. Vandaar dat het oogmerkvereiste hierboven als "achtste stelling" ontbreekt.

8 Slot

De waarde van het Finse busmaatschappijen-arrest ligt in de verduidelijking die het Hof ten aanzien van het belang van de overdracht van materiële activa heeft gegeven. Samengevat kan nu gesteld worden dat indien sprake is van overgang binnen een arbeidsintensieve sector, de overgang van materiële activa zelden doorslaggevend zal zijn voor het antwoord op de vraag of een onderneming is overgegaan. Hierbij valt te denken aan schoonmaakbedrijven,[28] bewakingsdiensten en thuiszorgorganisaties.[29] Het uitbesteden van een contract aan A, gevolgd door de uitbesteding van een contract aan B – een contractswisseling dus - is volgens het Hof van Justitie een overgang van onderneming indien de uitbesteding een activiteit betreft die als arbeidsintensief is te bestempelen en de verkrijger van de vervreemder een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het

---

[27] R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 21. Zie in gelijke zin P.W. van Straalen 1999, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 1999, p. 69.

[28] Denkbaar is dat ook voor schoonmaakbedrijven geldt dat zij voor de uitoefening van hun werkzaamheden afhankelijk zijn van hun materiële activa. Hierbij valt te denken aan geprofessionaliseerd schoonmaakwerk waarvoor speciale schoonmaakmachines nodig zijn. In die situatie zou geconcludeerd kunnen worden dat indien de machines niet mee overgaan, er geen overgang van onderneming heeft plaatsgehad.

[29] In dit verband is HR 19 januari 2001, *JAR* 2002/25 (Ebbe en Vloed) het vermelden waard. In dit arrest wordt geen overgang van onderneming aangenomen, nu de 'verkrijger' zelf in het personeel voorzag. De Hoge Raad spreekt echter niet uit of het personeel in deze situatie het dragende element van het ondernemingsbegrip is.

personeel overneemt dat de vervreemder juist voor deze taak had ingezet. Recentelijk heeft het Hof dit nog eens bevestigd in een Belgische zaak, waarin sprak was van opeenvolgende uitbestedingen van schoonmaakwerkzaamheden door Volkswagen.[30] In casu was de verkrijger ingevolge een CAO tot overname van een deel van het personeel verplicht (net zoals dat in Nederland het geval kan zijn), zodat al snel aan de voorwaarde werd voldaan dat "een wezenlijk deel" dient over te gaan.

Anders ligt dat bij ondernemingen die voor de uitoefening van hun werkzaamheden in sterke mate afhankelijk zijn van materiële activa: de overgang van een busmaatschappij zonder bussen is moeilijk denkbaar, evenzeer als de overgang van een pretpark zonder attracties geen overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 98/50 zal bewerkstelligen. Om de werking van Richtlijn 98/50 en de artikelen 7:662 e.v. BW te ontlopen, zouden partijen die de overgang van een niet-arbeidsintensieve activiteit voor ogen hebben, de overgang in etappes kunnen uitvoeren, waarbij in ieder geval de belangrijkste materiële activa niet tegelijkertijd met het personeel zullen worden overgedragen (ervan uitgaande dat zij deze keuze in de praktijk überhaupt hebben). Of een dergelijke gang van zaken door de rechtspraak zal worden afgestraft, hangt onder meer af van de tijd die tussen de verschillende overgangen zit en de logica die achter de overgang in etappes zit. Is overduidelijk dat slechts het ontlopen van de werking van de regels met betrekking tot overgang van onderneming het doel van de constructie is geweest, dan vermoed ik dat de rechter door de constructie heen zal prikken en alsnog een overgang van onderneming zal aannemen.

Ten slotte is het het opmerken waard dat een overgang van een concessieverlening zoals die zich in de Finse zaak voordeed, in Nederland onder het wettelijk regime van de Wet Personenvervoer[31] zou vallen, en wel in het bijzonder onder de artikelen 36, 37 en 38 van die wet. Daarbij wordt in principe aangesloten bij de artikelen 7:662 en 663 BW. *In principe*, daar het tweede lid van artikel 36 het mogelijk maakt dat de voormalig concessiehouder, de nieuwe concessiehouder en de betrokken vakbonden iets anders kunnen overeenkomen. Het moge duidelijk zijn dat indien sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de artikelen 7:662 e.v. BW, die keuzevrijheid van betrokken partijen niet hierin kan bestaan dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten die de werknemer op basis van deze artikelen BW bezitten.

R.M. Beltzer

---

[30] HvJ EG 27 september 2001, C-51/00, nog niet gepubliceerd (Temco).
[31] *Staatsblad* 2000, 314.