

**Outsourcing en overgang van onderneming,
het toepassingsgebied van de richtlijn 77/187 en
de CAO nr. 32bis**

Chris ENGELS
Advocaat-Vennoot Claey & Engels,
Prof. KU Leuven

Inleiding

De Richtlijn 77/187 betreffende de overgang van onderneming ¹ werd grotendeels in het Belgisch recht omgezet via de CAO nr. 32 bis ². De toepassing van de CAO nr. 32 bis geeft bij gevallen van outsourcing tot heel wat discussie aanleiding. Het mag dan ook niet verwonderen dat er reeds heel wat commentaar werd geleverd rond het toepassingsgebied van de CAO 32 bis, die trouwens in het licht van de richtlijn moet worden geïnterpreteerd. Het is eigenlijk verwonderlijk dat er rond de CAO nr. 32bis niet meer rechtspraak bestaat in België.

Het Europese Hof van Justitie moest zich reeds ongeveer 40 maal buigen over de problematiek van de overgang van onderneming. Uit die rechtspraak kunnen een aantal voorwaarden worden gedistilleerd, waaraan moet voldaan zijn om van een overgang in de zin van de richtlijn te kunnen spreken. Er moet in de eerste plaats een wijziging zijn van werkgever. Bovendien moet het gaan om een wijziging van werkgever krachtens een overeenkomst. Tenslotte moet de overgang tot voorwerp hebben, een onderneming, een onderdeel van een onderneming, een vestiging of een onderdeel van een vestiging. Hoewel het hier schijnbaar om drie simpel te verifiëren voorwaarden gaat, blijkt het tegendeel uit de praktijk. En de rechtspraak van het Hof van Justitie is zeker niet altijd even duidelijk.

De drie basisvoorwaarden die werden opgesomd zullen hiernavolgens worden besproken.

-
- ¹ Richtlijn 77/187/EG, 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, zoals gewijzigd door Richtlijn 98/50/EG, 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG, 14 februari 1977, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van onderneming, vestigingen of onderdelen van vestigingen, *PB L 201*, 17 juli 1988, 88.
 - ² CAO nr. 32 bis, 7 juni 1985, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van onderneming krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafstand, algemeen verbindend verklaard bij KB, 25 juli 1985, *B.S.*, 9 augustus 1985, nadien nog gewijzigd..

1. De wijziging van werkgever ten gevolge van een overgang krachtens overeenkomst van een onderneming, vestiging of een onderdeel ervan

§ 1. De wijziging van werkgever

De richtlijn is als zodanig pas van toepassing zo de werknemer ten gevolge van de overgang geconfronteerd wordt met een nieuwe juridische werkgever. Er moet derhalve een wijziging optreden in de natuurlijke of de rechtspersoon die de onderneming exploiteert en die uit hoofde daarvan verplichtingen heeft tegenover de werknemers van de onderneming³.

In het begeleidende commentaar bij de betreffende bepalingen van de CAO nr. 32*bis* stellen de sociale partners die de collectieve arbeidsovereenkomst sloten, dat er inderdaad een wijziging van werkgever moet zijn. De bepalingen van hoofdstuk II van de CAO, zo wordt vermeld, zijn niet van toepassing op concentraties of herstructureringen waarbij geen wijziging van de werkgever wordt tot stand gebracht⁴.

In de mate dat de juridische werkgever *niet* wijzigt, kan er van een toepassing van de richtlijn en ook van de CAO nr. 32*bis* geen sprake zijn⁵. Wijzigt de werkgever niet, dan behoeven de betrokken werknemers ook geen bijzondere bescherming te verkrijgen. Immers, in hun relatie met de werkgever treedt er dan geen enkele verandering op.

De richtlijn en de CAO nr. 32*bis* zullen met andere woorden niet van toepassing zijn bij de verkoop van een pak aandelen waarbij een vennootschap in handen komt van een andere vennootschap⁶. Hier zou men kunnen stellen te maken te hebben met een nieuwe 'economische' werkgever, doch niet met een nieuwe juridische werkgever. De vennootschap blijft immers ongewijzigd bestaan als werkgever, zij het dat de economische beslissingsmacht in andere handen terechtkomt. Aan de relatie tussen de juridische persoon en de werknemer wordt op geen enkele wijze geraakt. Het zal wellicht de raad van bestuur van de vennootschap zijn die als zodanig geacht wordt het werkgeversgezag te vertegenwoordigen en te blijven vertegenwoordigen. Deze raad blijft dit doen, ook indien de daadwerkelijke samenstelling ervan, na een overname van de aandelen van de vennootschap, volledig zal gewijzigd worden.

De gewijzigde richtlijn stelt uitdrukkelijk dat er sprake moet zijn van een overgang naar een andere *ondernemer*⁷.

³ Zie o.a.: H.v.J., 17 december 1987, *Landesorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark t. Ny Molle Kro*, Zaak 287/86, Jur., 1987, 5465, nr. 12; H.v.J., 5 mei 1988, *H. Berg en J. Th. Busschers t. I.M. Besselen*, Gevoegde zaken 144 en 145/87, Jur., 1988, 2559, nr. 17.

Zie ook: Arbh. Luik, 1 december 1994, J.T.T., 1995, 83.

⁴ Commentaar bij artikel 6, punt 1, al. 2 en punt 2, al. 1, CAO nr. 32*bis*.

⁵ Zie: Arbh. Luik, 19 maart 1986, *Soc. Kron.*, 1986, 286; Arbrb. Antwerpen, 14 november 1996, *Soc. Kron.*, 1998, 231.

⁶ Zie: BLANPAIN, R. en ENGELS, C., *Europees arbeidsrecht, Reeks Europees recht*, Peeters, Leuven, 1994, 260, nr. 487.

⁷ Art. 1, 2, Richtlijn 98/50 (wordt artikel 1, 1, a) van de gewijzigde richtlijn.

Het feit dat twee ondernemingen (onderscheiden juridische entiteiten) tot eenzelfde corporate group behoren, met eenzelfde eigendomsstructuur, hetzelfde management, op een zelfde plaats gevestigd zijn en met eenzelfde soort werk begaan zijn, belet niet dat de richtlijn van toepassing zou zijn⁸. Het Europese Hof van Justitie argumenteerde in een concreet geval terecht dat het ging om twee dochterondernemingen die weliswaar tot dezelfde groep behoorden, maar die desalniettemin twee afzonderlijke rechtspersonen uitmaakten die elk hun eigen arbeidsrelatie met hun werknemers hadden⁹.

Het uitsluiten van transferts tussen dochterondernemingen binnen dezelfde groep zou de bedoelingen van de richtlijn, die erin bestaat werknemers te beschermen bij verandering van werkgever, tegengaan¹⁰.

Het feit dat moeder- en dochterondernemingen in het kader van het Europese concurrentierecht als één enkele speler op de markt worden bekeken, reflecteert zich niet op het gebied van de richtlijn. Het gaat daar immers om concepten eigen aan het concurrentierecht¹¹.

§ 2. De wijziging van werkgever moet plaats vinden 'krachtens overeenkomst', of toch niet?

A. De ruime interpretatie van het begrip overgang 'krachtens overeenkomst'

De feitelijke vaststelling of er van een overgang van onderneming sprake is indien de 'operatie van overdracht' geen duidelijke contractuele relatie tussen een koper en een verkoper van een onderneming of onderdeel ervan betreft, heeft reeds tot heel wat Europese rechtspraak aanleiding gegeven.

Daar waar de Nederlandse tekst van de richtlijn en de tekst van de CAO nr. 32*bis* duidelijk verwijzen naar de overdracht 'krachtens overeenkomst', moet worden vastgesteld dat het Europese Hof deze vereiste van het bestaan van een contractuele relatie tussen overnemer en overlater volledig aan de kant heeft gezet. Andere taalversies, waaronder de Deense en de Engelse, maken geen melding van enig overeenkomstelijk of contractueel element. Zo spreekt de Engelse tekst slechts over een 'legal transfer'¹².

Het was reeds duidelijk geworden uit de rechtspraak van het Hof van Justitie dat het contractuele element uit het (Nederlandstalige) begrip overgang van onderneming *krachtens* overeenkomst, zonder betekenis was geworden. Het Hof stelt uitdrukkelijk dat de bescherming van de rechten van de werknemers

⁸ H.v.J., 2 december 1999, *G.C. Allen and Others t. Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Zaak C-243/98, nr. 21.

⁹ H.v.J., 2 december 1999, *G.C. Allen and Others t. Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Zaak C-243/98, nr. 17.

¹⁰ H.v.J., 2 december 1999, *G.C. Allen and Others t. Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Zaak C-243/98, nr. 20.

¹¹ H.v.J., 2 december 1999, *G.C. Allen and Others t. Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Zaak C-243/98, nr. 18-19.

¹² Zie: BLANPAIN, R. en ENGELS C., *European labour law*, 4^{de} uitgave, Kluwer, Den Haag, London, Boston, 1997, 325-326, nr. 513.

als uitgangspunt voor de interpretatie van de richtlijn moet worden genomen. Het Hof herhaalt dit nogmaals uitdrukkelijk in het arrest *Merckx*, aangezien het argument naar voren was gebracht dat de vermeende overgang in kwestie er geen was krachtens overeenkomst¹³. Het Hof herhaalt dat het gelet op de verschillen in de taalversies van de richtlijn, aan het begrip een uitlegging heeft gegeven die ruim genoeg is om het doel van de richtlijn - bescherming van werknemers bij overdracht van hun onderneming - tot zijn recht te laten komen¹⁴. Het is voor de toepassing van de richtlijn niet vereist, zo stelt het Hof, dat er rechtstreeks contractuele betrekkingen bestaan tussen vervreemder en verkrijger¹⁵.

Het Hof stelt dan ook dat de richtlijn kan toegepast worden op een situatie waarin een onderneming die een concessie voor de verkoop van motorvoertuigen binnen een bepaald gebied bezit, haar activiteiten beëindigt, en waarin de concessie vervolgens wordt overgedragen aan een andere onderneming die een deel van het personeel overneemt en bij de klantenkring wordt aanbevolen, zonder dat activa worden overgedragen¹⁶.

In een arrest van 24 januari 2002 heeft het Hof van Justitie nogmaals hetzelfde standpunt ingenomen¹⁷. Het betrof een Belgische zaak aangaande een werkgever die ressorteerde onder het paritair comité voor de schoonmaak- en ontsmettingsbedrijven. Volkswagen had de schoonmaak voor een aantal industriële installaties toevertrouwd aan BMV. Deze laatste liet de werkzaamheden in onderaanneming verrichten door een dochtermaatschappij. Tussen Volkswagen en de dochtermaatschappij van BMV bestond er geen contractuele relatie. Volkswagen zegt de samenwerking met BMV op en besteedt de activiteit uit aan een andere onderneming.

Het Hof oordeelde dat de omstandigheid dat de vervreemdende onderneming niet deze is welke de eerste overeenkomst met de opdrachtgever heeft gesloten, maar slechts de onderaannemer van de medecontractant, niet van invloed is op het begrip contractuele overgang zelf, aangezien het volstaat dat de overgang plaatsvindt in het kader van – zelfs – indirecte contractuele betrekkingen¹⁸.

Het Hof stelt hierbij uitdrukkelijk dat overeenkomsten van onderaanneming trouwens rechtstreekse banden scheppen tussen de opdrachtgever en de onderaannemer, eventueel zelfs juridische banden, zoals de rechtstreekse betaling, en in ieder geval feitelijke banden, zoals het toezicht op en de dagelijkse con-

13 H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en 172/94, *Jur.*, 1996, 1253.

14 H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en 172/94, *Jur.*, 1996, 1253, Arrest *Merckx*, nr. 28.

15 H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en 172/94, *Jur.*, 1996, 1253, Arrest, nr. 30. Zie ook: H.v.J., 10 dec. 1998, *F. Sánchez Hidalgo t. Asociacion de Servicios Aser, e.a.*, Gevoegde zaken nrs. C-173/96 en C-247/96, nr. 22.

16 H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en 172/94, *Jur.*, 1996, 1253, beslissing, eerste deel.

17 H.v.J., 24 januari 2002, *Termco Service Industries NV*, Zaak C-51/00.

18 H.v.J., 24 januari 2002, *Termco Service Industries NV*, Zaak C-51/00, nr. 32.

trole van het verrichtte werk. Dergelijke banden zo stelt het Hof verder, zijn des te belangrijker wanneer de onderaannemer tevens de dochtervennootschap is van de aannemer¹⁹.

Of de Belgische implementerende maatregel die het resultaat is van de onderhandelingen tussen de sociale partners, bedoeld was om dergelijke situaties te dekken, kan ten eerste betwijfeld worden. Niet ten onrechte werd er vroeger op gewezen dat de CAO nr. 32bis geenszins bedoeld was om op dergelijke situaties toegepast te worden.

In dit verband leest men in de gezaghebbende literatuur:

*'Het is wellicht overbodig aan te stippen dat de overgang van onderneming slechts in de toepassings sfeer valt van de regeling voor zover de overeenkomst die eraan ten grondslag ligt werd gesloten tussen de vorige en de nieuwe werkgever. Er kan dan ook geen sprake zijn van toepassing van de CAO nr. 32bis wanneer een concessieovereenkomst wordt beëindigd en de onderneming door de concessiegever aan een derde in concessie wordt gegeven: tussen de oorspronkelijke en de nieuwe concessiehouder bestaat inderdaad geen contractuele band.'*²⁰

Hoewel men kan stellen dat een implementeringsmaatregel van een richtlijn moet geïnterpreteerd worden in het licht van de richtlijn²¹, zou men toch kunnen argumenteren dat de interpretatie die het Hof van Justitie thans voorstaat aangaande de richtlijn, niet onverkort kan worden toegepast op de CAO nr. 32bis. De CAO nr. 32bis toepassen in al de omstandigheden waarin de richtlijn wordt toegepast, zou wel eens het aan de Belgische rechter toegestane interpretatiekader van overeenkomsten kunnen overtreden. Men kan dan stellen dat het dan niet meer gaat om een interpretatie, doch wel om een fundamenteel herschrijven van de tekst van de CAO nr. 32bis, een zaak waarvoor de Belgische rechtbanken niet bevoegd zijn.

In de mate dat een partij (op het Belgisch grondgebied) op grond van een dergelijke, meer beperkte interpretatie van het Belgische recht een nadeel zou lijden, zou men kunnen stellen dat zij zich moet richten tot de Belgische overheid die als Lidstaat van de Europese Gemeenschappen moet instaan voor de volledige implementatie van de richtlijn in het interne recht. In de mate dat aan de voorwaarden gesteld in het *Francovich* arrest voldaan is, kan desgevallend een schadevergoeding worden gevorderd (en bekomen) van de Belgische staat, omwille van de gebrekkige uitvoering door de Belgische Staat van de richtlijn 77/187, waardoor het individu schade zou hebben geleden²².

¹⁹ H.v.J., 24 januari 2002, *Temco Service Industries NV*, Zaak C-51/00, nr. 32.

²⁰ VAN HOOGENBEMT, H., 'Het lot van de arbeidsovereenkomst bij overgang van de onderneming', in *Actuele problemen van het arbeidsrecht*, RIGAUX, M. (ed.), II, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1987, 43, nr. 74.

²¹ Bij toepassing van de bepalingen van nationaal recht, moeten deze naar Europees recht zoveel mogelijk worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, ongeacht of de nationale bepalingen van een eerdere of van een latere datum zijn dan de richtlijn. (Zie: H.v.J., 7 december 1995 *L. Spano e.a. t. Fiat Geotech SpA*, Zaak C-472/93, *Jur.*, 1995, 4321, nr. 17.

²² H.v.J., 19 november 1991, *A. Francovich e.a. tegen Italiaanse Republiek*, Gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Jur.*, 1991, 5357.

Los van deze beschouwende opmerking moet echter worden gesteld dat *de kans groot is dat de Belgische rechtbanken de CAO nr. 32bis zullen toepassen volledig in lijn met de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie*. Er zijn geen aanwijzingen te vinden dat de Belgische rechtbanken een meer restrictieve houding zouden aannemen dan het Europese Hof, met betrekking tot de definitie van wat als een overgang 'krachtens overeenkomst' kan worden beschouwd²³.

B. Enkele toepassingsgevallen

De commentaar bij de CAO nr. 32bis stelt zelf dat als overgang krachtens overeenkomst moet worden beschouwd:

- de wijziging van het juridische statuut van een onderneming²⁴;
- de invennootschapsstelling²⁵;
- de cessie²⁶;
- de fusie, en
- de absorptie²⁷.

Bij een wijziging van werkgever ten gevolge van het *overlijden van de werkgever* is de CAO nr. 32bis echter niet van toepassing²⁸. De CAO nr. 32bis werd niet toepasselijk geacht op de overdracht van een notariaat ten gevolge van het overlijden van de notaris^{29,30}.

Eveneens uitgesloten, zijn 'overgangen' ten gevolge van eenzijdige overheidsbeslissingen, zoals nationalisaties, opeisingen, onteigeningen en sekwestraties³¹. Opdat de overgang binnen het toepassingsgebied van de richtlijn en van de CAO nr. 32bis zou vallen is het anderzijds *niet noodzakelijk* dat het gaat om de verkoop van een onderneming waarbij een *eigendomsrecht* wordt overge-

²³ VANDENBERGHE, A. en VANSCHOEBEKE, B., 'Arbeidsrechtelijke aspecten van outsourcing', *Or.*, 1997, 221, 225.

²⁴ Zie ook: Arbh. Bergen, 3 februari 1995, *J.T.T.*, 1995, 342.

²⁵ Zie ook: Arbh. Bergen, 3 februari 1995, *J.T.T.*, 1995, 342.

²⁶ Zie voor een toepassing met betrekking tot filialisering: Arbrb. Antwerpen, 14 november 1996, *Soc. Kron.*, 1998, 231.

²⁷ Commentaar bij artikel 6, punt 1, al. 3, CAO nr. 32bis.

²⁸ Commentaar bij artikel 6, punt 2, al. 2, CAO nr. 32bis. Zie ook: Arbrb. Namen, 7 december 1984, *Soc. Kron.*, 1985, 19.

²⁹ Arbh. Brussel, 3 oktober 1984, *T.S.R.*, 1985, 129.

³⁰ In een dergelijk geval zijn de rechten van de werknemers niet op eenzelfde wijze beschermd als bij een conventionele overgang van onderneming.

Artikel 33 van de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978 stelt slechts dat het overlijden van de werkgever niet automatisch een einde maakt aan de arbeidsovereenkomst. Indien het overlijden echter het einde tot gevolg heeft van de activiteit waarvoor de werknemer is in dienst genomen of als de overeenkomst gesloten is met het oog op de persoonlijke medewerking (*intuitu personae* dus), oordeelt de rechter naar billijkheid of grond tot vergoeding bestaat en bepaalt hij, zo stelt artikel 33 verder, het bedrag ervan.

³¹ Zie: Van Hoogenbemt, H., 'Overdracht van onderneming', *Aanwerven, tewerkstellen, ontslaan*, Kluwer, T 4 3800, T 4 3958.

dragen³². Ook de huur van een onderneming met voortzetting van exploitatie kan in aanmerking komen³³.

De richtlijn werd geacht van toepassing te zijn:

- wanneer de eigenaar van een exploitatie van een *verpachte* onderneming deze wegens wanprestatie van de pachter weer in eigen handen neemt³⁴. De verpachting van de onderneming zelf was vanzelfsprekend op zich ook reeds een overgang van onderneming³⁵; hetzelfde geldt wanneer een niet-overdraagbare pacht eindigt en de eigenaar van de onderneming deze verpacht aan een nieuwe pachter³⁶;
- wanneer een overdracht van een overeenkomst gebeurt krachtens een *huurkoopovereenkomst* (zoals geregeld door het Nederlandse recht), evenals wanneer de overeenkomst wordt teruggegeven ten gevolge van de *ontbinding van die overeenkomst door de rechter*³⁷;
- in een situatie waarin een eenheid die is belast met de exploitatie van telecommunicatievoorzieningen ten dienste van het publiek en die beheerd wordt door een overheidsinstelling die deel uitmaakt van het staatsbestuur, ten gevolge van een overheidsbesluit onder bezwarende titel en bij wege van administratieve concessie overgaat op een privaatrechtelijke vennootschap, opgericht door een andere overheidsinstelling die daarvan het kapitaal in handen heeft³⁸;
- wanneer de overheid besluit de *subsidiering* van een rechtspersoon te *beëindigen* met het gevolg dat deze rechtspersoon haar activiteiten volledig en definitief moet staken en de subsidie wordt overgedragen aan een andere rechtspersoon met soortgelijke doelstelling³⁹;
- wanneer een onderneming een andere onderneming met de exploitatie van een voorheen door haarzelf geëxploiteerde dienst voor de werknemers belast, tegen een vergoeding⁴⁰;

32 Zie: H.v.J., 17 december 1987, *Landesorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark t. Ny Molle Kro*, Zaak 287/86, *Jur.*, 1987, 5465, nr. 17.

Zie ook: Arbh. Luik, 1 december 1994, *J.T.T.*, 1995, 83; Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie, 19 december 1996, *Jorn Ulstein and Per Otto Roiseng and Asbjorn Moller*, Zaak E-2/96; H.v.J., 20 november 2003, *Carlito Abler e.a., t. Sodexo MM Catering Gesellschaft GmbH*, Zaak C-340/01.

33 Zie o.a.: Arbh. Antwerpen, 23 februari 1989, *J.T.T.*, 1989, 236.

34 H.v.J., 17 december 1987, *Landesorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark t. Ny Molle Kro*, Zaak 287/86, *Jur.*, 1987, 5465.

35 H.v.J., 17 december 1987, *Landesorganisationen i Danmark for Tjenerforbundet i Danmark t. Ny Molle Kro*, Zaak 287/86, *Jur.*, 1987, 5465.

36 H.v.J., 10 februari 1988, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark t. Daddy's Dance Hall A/S*, Zaak 324/86, *Jur.*, 1988, 739.

37 H.v.J., 5 mei 1988, *H. Berg en J. Th. Busschers t. I.M. Besselen*, Gevoegde zaken 144 en 145/87, *Jur.*, 1988, 2559.

Zie ook: H.v.J., 15 juni 1988, *P. Bork International A/S, in vereffening ea tegen Foreningen af Arbejdsledere i Danmark, namens Birger E. Petersen en Junckers Industrier A/S*, Zaak 101/87, *Jur.*, 1988, 3057.

38 H.v.J., 14 september 2000, *R. Collino, L. Chiappero en Telecom Italia SpA.*, Zaak C-343/98.

39 H.v.J., 19 mei 1992, *Redmond Stichting tegen H. Bartol ea*, Zaak C-29/91, *Jur.*, 1992, 3189.

40 H.v.J., 12 november 1992, *A. Watson Rask en K. Christensen t. ISSKantineservice A/S*, Zaak C-209/91, *Jur.*, 1992, 5755.

- wanneer een opdrachtgever die het beheer van de catering activiteit had toevertrouwd aan een dienstverlener, deze overeenkomst opzegt en voor dezelfde dienstverlening een nieuwe overeenkomst sluit met een andere dienstverlener⁴¹;
- wanneer een onderneming activiteiten overneemt na een overeenkomstig richtlijn 92/50 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening, georganiseerde aanbestedingsprocedure⁴²;
- wanneer een onderneming die een concessie voor de verkoop van motorvoertuigen binnen een bepaald gebied bezit, haar activiteiten beëindigt, en wanneer de concessie vervolgens wordt overgedragen aan een andere onderneming zonder dat er rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen de twee ondernemingen bestaan⁴³.

Vanzelfsprekend moet er nog voldaan zijn aan de voorwaarde dat het gaat om een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan dat wordt overgedragen⁴⁴.

§ 3. De wijziging van de werkgever moet het gevolg zijn van een overgang van de onderneming, vestiging of een onderdeel daarvan: de overgang als een going concern

A. De begrippen onderneming en vestiging en het onderdeel daarvan

De Europese richtlijn hanteert de begrippen onderneming, vestiging of onderdelen daarvan, zonder zelf een verdere definiëring van de begrippen te geven⁴⁵. Een zelfde situatie kan worden gevonden in de richtlijn betreffende de instelling van Europese ondernemingsraden, waar de (beide) begrippen 'onderneming' enerzijds en 'vestiging' anderzijds eveneens worden aangewend zonder dat ze een verdere definitie ontvangen. Uit de context waarin de begrippen worden gebezigd zou men echter kunnen afleiden dat het begrip onderneming

Zie ook: H.v.J., 14 april 1994, *C. Schmidt tegen Spar- und Leihkasse der früheren Ämter Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Zaak C-392/92, *Jur.*, 1994, 1311.

41 H.v.J., 20 november 2003, *Carlito Abler e.a., t. Sodexho MM Catering Gesellschaft GmbH*, Zaak C-340/01; H.v.J. 24 januari 2002, *Temco Service Industries NV*, Zaak C-51/00.

42 H.v.J., 25 januari 2001, *Oy Lükenne A. & E. Pekka Liskojärir en Penti Future*, Zaak C-172/99.

43 H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en C-172/94, *Jur.*, 1996, 1253.

44 Zie ook: Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie, 14 maart 1997, *Tor Angeir Ask and Others and ABB Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS*, Zaak E-3/96; Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie, 25 september 1996, *Eilert Eidesund and Stavanger Catering A/S*, Zaak E-2/95.

45 Art. 1, 1, Richtlijn 77/187.

gereserveerd is voor een juridische entiteit, daar waar het begrip vestiging lijkt gebezigd te worden voor een eenheid zonder rechtspersoonlijkheid⁴⁶.

De CAO nr. 32bis handelt over de overdracht van een onderneming of onderdeel daarvan. Het begrip vestiging dat in de richtlijn wordt gehanteerd, vindt geen weerklank in de tekst van de CAO nr. 32bis. De commentaar bij de CAO nr. 32bis stelt:

*'Naargelang het geval zal als onderneming krachtens overeenkomst worden beschouwd, hetzij de juridische entiteit, hetzij de technische bedrijfseenheid, in de zin van de wetgeving op de ondernemingsraden, en als gedeelte van een onderneming, een afdeling in de zin van de wet van 28 juli 1966 betreffende de schadeloosstelling van werknemers, die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen.'*⁴⁷.

De technische bedrijfseenheid waarnaar wordt verwezen kan samenvallen met een entiteit met rechtspersoonlijkheid, doch dit hoeft niet noodzakelijk het geval te zijn. Om uit te maken of men met een technische bedrijfseenheid in de zin van de wetgeving op de ondernemingsraden te maken heeft, moet worden onderzocht of de entiteit in kwestie een voldoende socio-economische autonomie bezit. Het antwoord op deze vraag is sterk feitelijk gebonden. De vele procedures die dienaangaande worden gevoerd ten tijde van de sociale verkiezingen tonen dit duidelijk aan⁴⁸.

Dit ganse onderzoek behoeft echter in dit kader niet te worden verricht. Of een bepaalde entiteit zonder rechtspersoonlijkheid een technische bedrijfseenheid uitmaakt of niet, moet als zodanig niet worden onderzocht, omdat niet alleen de onderneming als juridische entiteit, en de technische bedrijfseenheid worden gevisieerd, doch eveneens, en in dezelfde mate, ook het onderdeel van één van beide. De rechten van werknemers worden met andere woorden beschermd bij een overdracht naar een nieuwe werkgever, zelfs indien de overdracht geen juridische entiteit en zelfs geen technische bedrijfseenheid betreft, doch wel een onderdeel daarvan. Opdat de bescherming in werking zou treden is wel vereist dat het onderdeel wordt overgedragen als een going concern⁴⁹. In een concreet geval oordeelde de Arbeidsrechtbank te Antwerpen dan ook terecht dat de overdracht van een welbepaalde economische activiteit van een NV, met alle daarop betrekking hebbende materiële en immateriële componenten, evenals met inbegrip van het personeel, als een overdracht van een onder-

46 ENGELS, C., 'De informatie en consultatie van werknemers in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie: de CAO, nr. 62', *Or.*, 1996, 121, 123.

47 Commentaar bij artikel 6, punt 1, al. 4, CAO nr. 32bis.

48 Zie o.a.: DE MAEYER, K., HEYVAERT, G. en PARIJS, R., 'Het begrip onderneming', in *Sociale verkiezingen 1995*, ENGELS, C., PARIJS, R. en STROOBANT, M. (eds.), PEETERS, Leuven, 3 e.v.

49 Zie: Arbrb. Namen, 7 december 1984, *Soc. Kron.*, 1985, 19. De arbeidsrechtbank aanziet de overdracht van bepaalde elementen uit het patrimonium van een rechtspersoon of een fysische persoon naar een andere als een overdracht van een deel van een bedrijf.

deel van een onderneming in de zin van de CAO nr. 32*bis* moest worden aangezien⁵⁰.

De verdere verwijzing in de commentaar bij de CAO nr. 32*bis*, naar het begrip afdeling in de zin van de sluitingswet zorgt niet voor een verdere definitie en verduidelijking van de betrokken concepten, integendeel zelfs. Het begrip afdeling wordt immers in de Sluitingswet niet verder gedefinieerd⁵¹. De referentie naar de Sluitingswet heeft in de rechtsleer (althans in het verleden) voor een verdere verwarring gezorgd. De Sluitingswet stelt immers slechts van toepassing te zijn op 'elke afdeling van een onderneming waar tijdens het laatst verlopen kalenderjaar gemiddeld ten minste het in art. 1 bepaalde minimum aantal werknemers was tewerkgesteld.'⁵² Bedoeld wordt het minimum aantal van 20 werknemers. De verwijzing leidde ertoe dat het argument werd opgeworpen dat de overdracht van een afdeling die minder dan twintig werknemers tewerkstelde, als zodanig niet tot een toepassing van de CAO nr. 32*bis* aanleiding gaf. Dergelijke interpretatie kan niet worden gevolgd.

Vooreerst stelt de tekst van de CAO nr. 32*bis* geen enkele dergelijke beperking in. De tekst van de CAO verwijst zelfs helemaal niet naar het begrip afdeling. De commentaar van de CAO kan vanzelfsprekend geen afbreuk doen aan de tekst van de CAO zelf.

Bovendien moet ook de verwijzing in de commentaar naar het begrip afdeling in de Sluitingswet niet noodzakelijk gezien worden als een verwijzing naar het numerieke aantal werknemers dat binnen de afdeling moet worden tewerkgesteld vooraleer de bescherming van de Sluitingswet wordt geactiveerd. Het begrip afdeling staat met andere woorden los van de numerieke vereiste uit de Sluitingswet. Tenslotte zou een dergelijke interpretatie duidelijk ingaan tegen de tekst en de geest van de richtlijn. Deze laatste vermeldt helemaal geen numerieke drempel.

Bovendien is het zo dat de vraag reeds uitdrukkelijk aan het Europese Hof van Justitie werd voorgelegd of het begrip onderdeel van een onderneming ook kon worden gebezigd indien in een betrokken afdeling slechts één werknemer was tewerkgesteld. Het Hof bevestigde uitdrukkelijk dat de door de richtlijn gebonden bescherming niet afhangt van het aantal werknemers dat in het overgedragen deel van de onderneming is tewerkgesteld. 'De bescherming betreft alle werknemers en moet dus ook worden verzekerd wanneer slechts één enkele werknemer door de overdracht wordt getroffen.'⁵³

Opdat er sprake zou kunnen zijn van een afdeling of een onderdeel van een onderneming is het ten slotte niet vereist dat het betrokken gedeelte zich met

⁵⁰ Zie: Arbrb. Antwerpen, 16 april 1996, *J.T.T.*, 1996, 373.

⁵¹ W. 28 juni 1966, betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen, *B.S.*, 2 juli 1966, nadien herhaaldelijk gewijzigd.

⁵² Art. 2, lid 2, W. 28 juni 1966, betreffende de schadeloosstelling van de werknemers die ontslagen worden bij sluiting van ondernemingen, *B.S.*, 2 juli 1966, nadien herhaaldelijk gewijzigd.

⁵³ H.v.J., 14 april 1994, *C. Schmidt tegen Spar- und Leihkasse der früheren Ämster Bordesholm, Kiel und Cronshagen*, Zaak C-392/92, *Jur.*, 1994, 1311, nr. 15.

de 'core business' van de onderneming zou bezighouden, opdat de bescherming van de richtlijn en de CAO nr. 32bis in werking zou treden. Het Europese Hof van Justitie stelde duidelijk dat de omstandigheid dat 'de overgedragen activiteit voor de overdragende onderneming slechts een bijkomstige activiteit is, die niet noodzakelijk verband houdt met het doel van de onderneming, niet tot gevolg kan hebben dat die transactie van de werkingsfeer van de richtlijn wordt uitgesloten'⁵⁴.

In het geval *Rask*, ging het om de uitbesteding van een bedrijfsrestaurant. In het reeds eerder geciteerde geval *Schmidt* ging het om de uitbesteding van de reinigingsdienst door een bank. Gelet op het feit dat het in het kader van outsourcingoperaties thans vaak voorkomt dat ondernemingen hun niet-essentiële activiteiten uitbesteden om zich op hun eigenlijke core business te concentreren is de door het Hof ingenomen positie vanzelfsprekend van het grootste belang.

Ook bij het beëindigen van de outsourcing, waarbij de onderneming afgestoten activiteiten terug zelf gaat uitvoeren, kan de richtlijn en dus ook de CAO van toepassing zijn⁵⁵.

De inbreng van een algemeenheid van een bedrijfstak, zoals thans geregeld in de Vennootschappenwet (art. 174/53 e.v.) zal, zo deze gepaard gaat met de overname van personeel meestal kunnen aanzien worden als een overgang van onderneming in de zin van de CAO nr. 32bis. Artikel 174/53 van de Vennootschappenwet definieert de inbreng van een algemeenheid als de rechtsbehandeling waarbij een vennootschap haar hele vermogen, zowel de activa, als de passiva, zonder ontbinding overdraagt aan één of meer bestaande of nieuwe vennootschappen tegen een vergoeding die uitsluitend bestaat in aandelen van de verkrijgende vennootschap of vennootschappen. Onder inbreng van een bedrijfstak wordt verstaan, de rechtsbehandeling waarbij een vennootschap een bedrijfstak, alsmede de eraan verbonden activa en passiva overdraagt aan een andere vennootschap⁵⁶. De bedrijfstak wordt dan verder omschreven als: 'één geheel dat op technisch en organisatorisch gebied een autonome activiteit uitoefent en op eigen kracht kan werken'⁵⁷.

Het is duidelijk dat de inbreng van een algemeenheid of van een bedrijfstak zoals hierboven beschreven (meestal) als een overgang van onderneming kan gezien worden⁵⁸.

Tenslotte weze het nogmaals onderlijnd dat de overdracht van onderneming in de zin van de richtlijn 77/187 of de CAO nr. 32bis niet vereist dat er dienaar-

54 H.v.J., 12 november 1992, *A. Watson Rask en K. Christensen t. ISS Kantineservice A/S*, Zaak C-209/91, *Jur.*, 1992, 5755, nr. 17.

55 H.v.J., 10 december 1998, *Francisco Hernandez Vidal S.A. t. Gomez Pérez, e.a.*, Gevoegde zaken nrs. C-127/96, C-229/96 en C-74/94.

56 Art. 174/54, § 1, Vennootschappenwet.

57 Art. 174/54, § 2, Vennootschappenwet.

58 Zie: GOEMINNE, A. en VERBIST, N., 'De overdracht van een algemeenheid of van een bedrijfstak', *T.R.V.*, 1998, 355, 378. Zie ook: Arbh. Luik, 16 maart 2000, *Soc. Kron.*, 2001, 37.

gaande een geschrift wordt opgesteld. Het bestaan van een geschreven overdrachtsovereenkomst is derhalve dan ook irrelevant⁵⁹.

B. De overdracht als een going concern

Om na te gaan of er van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn sprake is, moet er worden nagegaan of de onderneming (of het onderdeel ervan) haar economische identiteit behoudt⁶⁰. Of dit inderdaad het geval is, moet worden bepaald rekening houdend met alle feitelijke elementen eigen aan de zaak⁶¹. Geen enkel feitelijk element zal op zich beslissend kunnen zijn om tot het bestaan van een overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn te kunnen besluiten⁶².

Een korte opsomming van een aantal van deze feitelijke factoren die bij de beoordeling in overweging kunnen worden genomen en die in de rechtspraak ook zeer vaak werden naar voren gebracht⁶³:

- de aard van de betrokken onderneming of vestiging;
- het feit dat de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen al dan niet worden overgedragen. Hierbij is niet de eigendomsoverdracht belangrijk, wel dat de voor de uitoefening noodzakelijke materiële activa worden verder gebruikt. Een ter beschikking stelling volstaat⁶⁴. In de *Abler* zaak aangaande de catering activiteit in een ziekenhuis besteede het Hof veel aandacht aan het verder gebruik door de overnemer van de ter beschikking gestelde activa, zonder aandacht te besteden aan het feit dat er geen activa overgingen tussen overnemer en overlater. In het *Temco* arrest wordt hieraan geen aandacht besteed, hoewel de voor de industriële schoonmaak van haar installaties noodzakelijke middelen door de opdrachtgever ter beschikking werden gesteld aan de schoonmaakbedrijven⁶⁵;
- de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht; Bij een heraanbesteding van de exploitatie van geregelde streekbussen bestee-

⁵⁹ Zie: Arbh. Luik, 16 oktober 1997, *Soc. Kron.*, 1998, 256 (samenvatting); Arbh. Luik, 28 april 1994, *Rev. Rég. dr.*, 1994, 406; Arbh. Luik, 7 mei 1992, *J.T.T.*, 1993, 374 ('qu'en absence de convention écrite de cession, la convention collective n° 32bis est néanmoins d'application'); Arrbr. Charleroi, 2 augustus 1989, *J.L.M.B.*, 1991, 1331.

⁶⁰ H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en C-172/94, *Jur.*, 1996, 1253, nr. 16.

⁶¹ H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en C-172/94, *Jur.*, 1996, 1253, nr. 17.

⁶² H.v.J., 18 maart 1986, *JMA Spijkers tegen Gebroeders Benedik Abattoir CV en Alfred Benedik en Zonen BV*, Zaak C-24/85, *Jur.*, 1986, 1119, nr. 13.

Zie ook: H.v.J., 19 mei 1992, *Redmond Stichting tegen H. Bartol ea*, Zaak C-29/91, *Jur.*, 1992, 3189.

⁶³ H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en 172/94, *Jur.*, 1996, 1253, nr. 17.

⁶⁴ H.v.J., 20 november 2003, *Carlito Abler e.a., t. Sodexo MM Catering Gesellschaft GmbH*, Zaak C-340/01, nr. 36.

⁶⁵ Concl. L.A. Geelhoed in zaak *Temco Service Industries S.A.*, 27 september 2001, nr. 25.

de het Hof van Justitie aandacht aan de economische waarde van de overeenkomst die werd gesloten en ging ervan uit dat het om belangrijke immateriële activa ging. Het stelde: *'De waarde staat buiten kijf; bij de vernieuwing van een overheidsopdracht wordt de waarde van dergelijke immateriële activa bij het verstrijken van de overeenkomst met de vorige opdrachtgever evenwel tot nul herleid, aangezien de opdracht juist opnieuw wordt aanbesteed.'*⁶⁶

- het feit dat vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer al dan niet wordt overgenomen⁶⁷;
- de mate waarin de voor en na de overdracht verrichtte activiteiten met elkaar overeenkomen;
- de duur van de eventuele onderbreking. Een lange onderbreking reduceert daarbij de kansen dat het werkelijk om een overgang van een onderneming als een going concern gaat⁶⁸; Een continue verderzetting van de activiteiten wijst dan weer meer in de richting van een overgang van onderneming⁶⁹.
- de overname van voorraden⁷⁰;
- de overdracht van de klantenkring. In dit kader kan de vraag gesteld worden maar het gevolg van het feit dat de klanten een soort van 'captive audience' uitmaken die eigenlijk geen andere weg op kunnen. In de zaak *Oy Liikenne* die handelde over de heraanbesteding van de exploitatie van busroutes ging het Hof ervan uit dat indien de aanbestedingsprocedure bepaalt dat de nieuwe opdrachtnemer de bestaande overeenkomsten met klanten moet overnemen of wanneer de meeste klanten geen andere keuze hebben, dat er dan moet aangenomen worden dat er sprake is van een overdracht van de klantenkring⁷¹. In de zaak *Abler* betreffende de overname van catering activiteiten in een hospitaal bevestigde het Hof zijn standpunt aangezien de klanten geen ander cateringbedrijf kunnen kiezen⁷².

Bovendien kan aan deze factoren op zich ook geen absolute waarde worden gegeven.

Ze worden allen slechts geëvalueerd in het kader waarin ze voorkomen. De duur van de onderbreking van activiteiten zal van minder belang zijn (de onderbreking kan dan langer zijn) zo men met een seizoengebonden activiteit te maken heeft. De overdracht van een hotel gedurende een periode tijdens welke het hotel normalerwijze dicht is omwille van bijvoorbeeld het slechte weer, vermag vanzelfsprekend niet eenzelfde invloed uitoefenen op de vraag of

66 H.v.J., 25 januari 2001, *Oy Liikenne Al t. Pekka Liskojärir en Penuti Juntunen*, Zaak C-172/99, nr. 40.

67 Zie: Arbh. Brussel, 20 september 1991, *J.L.M.B.*, 1992, 406.

68 Zie: Arbh. Luik, 3 mei 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1134.

69 H.v.J., 2 december 1999, *G.C. Allen and Others t. Amalgamated Construction Co. Ltd*, Zaak C-243/98, nr. 33.

70 Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie, 25 september 1996, *Eilert Eidesund and Stavanger Catering A/S*, Zaak E-2/95, in samenvatting gepubliceerd in het Nederlands, *Pub.*, nr. C-37/13.

71 H.v.J., 25 januari 2001, *Oy Liikenne Ab t. Pekka Liskojärir en Pentti Juntusen*, Zaak C-172/99, nr. 41.

72 H.v.J., 20 november 2003, *Carlito Abler e.a., t. Sodexo MM Catering Gesellschaft GmbH*, Zaak C-340/01, nr. 36.

er een going concern werd getransfereerd als de sluiting van een gewoon bedrijf (permanente activiteiten) over een periode van een half jaar.

Bovendien moeten de factoren desgevallend tot in hun kleinste details worden bekeken, samen met al de hen omringende omstandigheden. Zo kan men bijvoorbeeld stellen dat wat het *aanwerven van werknemers* betreft, die eveneens voor het overgedragen ondernemingsgedeelte hebben gepresteerd, dit niet louter numeriek wordt bekeken door het Hof. De vraag moet derhalve niet alleen zijn of een groot deel of het grootste gedeelte van het personeel werd overgenomen, doch er moet eveneens aandacht besteed worden aan de vraag hoe die aanwervingen tot stand zijn gekomen. Ging het om aanwervingen waarbij de overnemer rechtstreeks de personeelsleden van de geviseerde onderneming contacteerde, bijvoorbeeld omwille van hun bekendheid met de over te nemen activiteit, of ging het daarentegen om een objectieve aanwervingsprocedure waarvan alle gekwalificeerde en beschikbare arbeidskrachten op eenzelfde en gelijke manier konden participeren (bijvoorbeeld aanwervingen ten gevolge van advertenties die in een aantal kranten worden geplaatst). Zo werd er reeds geoordeeld dat de overname van personeel minder belangrijk was indien het om weinig gespecialiseerd personeel gaat. Het Hof merkte op:

*'Where a high percentage of personnel is taken over, and where the previous business is characterized by a high degree of expertise of its personnel the continued activities of the personnel may support a finding of identity and continuity of the business. If the work to be performed does not require any particular expertise or knowledge, the taking-over of personnel becomes less indicative of the identity of the undertaking.'*⁷³.

Het Hof stelde tevens dat het in dit kader belangrijk was om na te gaan of het aanbod tot wedertewerkstelling voor de 'overnemer' een gemakkelijke manier was om aan de bijkomende arbeidskrachten te komen die het bijkomende werk moesten uitvoeren. Was dit inderdaad het geval dan toont dit (mede) aan dat er misschien geen sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn. *'In that connection it may be an indication of the former (overgang in de zin van de richtlijn) if the taking-over of employees is a condition of the transfer, while an advertisement of vacancies under free competition and on the new contractor's terms may be an indication of the latter (gemakkelijke weg om aan bijkomende personeelsleden te geraken).'*⁷⁴

In het reeds eerder vermelde geval *Merckx* ging het om een concessie voor de verkoop van Ford wagens in een aantal gemeenten van de Brusselse agglomeratie. Ford was de voornaamste aandeelhouder in de concessie (= Anfo Motors). Anfo Motors zou zijn activiteiten staken op 31 december 1987. De verkoop van de Ford wagens zou vanaf 1 november van hetzelfde jaar worden overgenomen door een onafhankelijke dealer, Novarobel. Deze laatste zou uiteindelijk 14 van de in totaal 64 werknemers van Anfo Motors overnemen, met behoud van alle rechten. De oorspronkelijke dealer richt een schrijven aan zijn

⁷³ Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie, 25 september 1996, *Eilert Eidesund and Stavanger Catering A/S*, Zaak E-2/95, nr. 43.

⁷⁴ Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie, 25 september 1996, *Eilert Eidesund and Stavanger Catering A/S*, Zaak E-2/95, nr. 44.

klanten waarin wordt meegedeeld dat aan de activiteit een einde komt en waarbij de klanten worden aangemoedigd om op de nieuwe dealer een beroep te doen.

In dit kader was er volgens het Hof van Justitie sprake van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn 77/187. Het feit dat er geen materiële, noch immateriële activa werden overgedragen en dat bovendien ook de structuur en de organisatie van de onderneming slechts gedeeltelijk behouden bleven, kon aan die vaststelling volgens het Hof geen afbreuk doen. Hetzelfde wordt gesteld met betrekking tot de verhuis van deze concessie naar een andere gemeente binnen de Brusselse agglomeratie⁷⁵.

Dit alles staat eraan niet in de weg dat de onderneming haar economische identiteit behoudt, aldus het Hof van Justitie. 'De activiteiten van een exclusieve concessie van verkoop van motorvoertuigen van een bepaald merk in een bepaald gebied blijven namelijk dezelfde, ook al worden zij onder een andere naam, in andere lokalen en met andere uitrusting verricht. Het is evenmin van belang dat de bedrijfszetel zich in een andere zone van dezelfde agglomeratie bevindt, zolang het gebied waarvoor de concessie geldt, maar hetzelfde blijft.'⁷⁶

Gelet op het voorgaande, mag men er dan ook van uitgaan dat de overdracht van alleenverkoopconcessies in een bepaald gebied zeer vaak, zelfs wellicht meestal, zal moeten aangezien worden als een overgang van een onderneming, althans in de mate dat de concessie zal worden verdergezet. De merknaam van het verkochte product en het afzetgebied (inclusief de mogelijke klanten) spelen daarbij o.i. in het licht van het arrest *Merckx* een zeer belangrijke rol. Het lijkt zo te zijn dat het Hof van Justitie de plaats inneemt van de man in de straat en zich afvraagt of het in een concreet geval eigenlijk niet om 'hetzelfde' gaat. Een Ford-concessie, blijft een Ford-concessie voor een bepaalde regio. Voor een potentiële klant is het wellicht niet belangrijk of de naam van de verdeler daarbij verandert, of de concessie een paar kilometer verhuist, een groot gedeelte andere werknemers heeft, enz... Het is en blijft de Ford-concessie die een bepaalde regio bedeeft.

De CAO nr. 32*bis* werd eveneens van toepassing geacht op de stopzetting van een fast food restaurant (beëindiging van de franchise) en de heropstarting van eenzelfde/een soortgelijk restaurant een 10-tal meter verderop in hetzelfde shoppingcenter, met hetzelfde logo:

'Attendu que le transfert a porté sur une 'entité économique' au sens susmentionné, à savoir un établissement bien équipé pour la restauration rapide fonctionnant avec quelque vingt-trois travailleurs, et cette entité a gardé son identité par-delà le transfert dès lors que:

- *une activité strictement similaire de restauration rapide a été maintenue par l'appelante sans aucune interruption à partir du 1er avril 1995,*

75 H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en 172/94, *Jur.*, 1996, 1253, nr. 20.

76 H.v.J., 7 maart 1996, *A. Merckx en P. Neuhuys t. N.V. Ford Motor Company Belgium*, Gevoegde zaken C-171/94 en 172/94, *Jur.*, 1996, 1253, nr. 21.

- *cette activité a été poursuivie dans une installation, certes nouvelle et plus moderne que l'ancienne, mais de même conception et de même style que celle-ci et située à proximité immédiate, à l'intérieur du même complexe commercial,*
- *l'exploitation de ce restaurant a été assurée sous la même enseigne 'GB Quick', avec les mêmes produits, les mêmes fournisseurs, la même gamme de prix et le même mode de gestion, qui avaient été imposés à la société cédante par le contrat de franchise,*
- *l'appelante a repris à son service l'essentiel des effectifs de la société cédante, de sorte que ce restaurant a continué à fonctionner pratiquement avec les mêmes équipes,*
- *la clientèle attachée à l'établissement avant le 1er avril 1995 a été transférée à l'appelante en sa totalité après cette date puisqu'il s'agissait à ses yeux du même type de restaurant portant le même nom et ayant à peu près la même localisation dans le même centre commercial.'*⁷⁷

Wanneer de nieuwe onderneming dezelfde of aanverwante producten verkoopt, onder dezelfde handelsbenaming en daarbij gebruik maakt van dezelfde infrastructuur en van het tevoren tewerkgestelde personeel, is er sprake van een overgang van onderneming. Het feit dat de functies van handelsvertegenwoordigers die werden uitgeoefend door de overgenomen werknemers, cruciaal waren voor de economische activiteit onderstreept dit nog meer⁷⁸.

Wanneer een partij slechts een overeenkomst voor technische assistentie sluit via dewelke zij de technische pannes aan de installaties die geleverd worden door de andere partij verhelpt, is er geen overgang van onderneming. Er werden geen activa overgenomen en ook geen georganiseerd geheel van mensen en middelen⁷⁹.

Wel is het zo, zo beklemtoonde het Hof van Justitie tevens, dat het moet gaan om de overdracht van een *duurzaam* georganiseerde entiteit, waarvan de activiteit niet beperkt is tot de uitvoering van één bepaald werk⁸⁰. In het geval waarin het Hof van Justitie tot deze uitspraak kwam, ging het om het afwerken van één welbepaald aannemingswerk in de bouw. De richtlijn werd geacht niet toepasselijk te zijn.

Het begrip entiteit zo stelde het Hof recentelijk verder in haar arrest *Süzen*, verwijst naar een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een *economische activiteit met een eigen doelstelling* kan worden uitgeoefend⁸¹. De entiteit kan namelijk niet gereduceerd worden tot de activiteit

⁷⁷ Arbh. Luik, 29 september 1999, *Soc. Kron.*, 2000, 14, 16.

⁷⁸ Arbh. Antwerpen, 18 oktober 2000, *Soc. Kron.*, 2001, 460, naar D. CUYPERS.

⁷⁹ Arbh. Bergen, 16 december 2002, *J.T.T.*, 2003, 408.

⁸⁰ H.v.J., 19 september 1995, *Ledernes Hovedorganisation, namens Ole Rygaard t. Dansk Arbejdsgiverforening, namens Stro Molle Akustik A/S*, Zaak C-48/94, *Jur.*, 1995, 2745.

⁸¹ H.v.J., 11 maart 1997, *A. Süzen en Zehnacker Gebäudervereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH*, Zaak C-13/95, nr. 13, *Jur.*, 1997, 1259.

waarmee ze belast is⁸². Met andere woorden een loutere overdracht van een activiteit op zich maakt geen overdracht van onderneming uit in de zin van de richtlijn 77/187⁸³.

De Belgische rechtspraak werd vaak geconfronteerd met een overdracht van een handelszaak en ging er ook van uit dat wanneer er sprake was van een zekere overdracht van personeel, de CAO nr. 32*bis* dan ook van toepassing was⁸⁴. Hierbij werd er zelfs uitdrukkelijk bevestigd dat de overdracht van passiva en/of schuldvorderingen als zodanig niet vereist was opdat een identiteit als een going concern zou zijn overgedragen⁸⁵.

Het belang van de factor human resources⁸⁶

Gelet op de vaststelling enerzijds dat een overdracht van materiële en immateriële activa niet noodzakelijk een onderdeel uitmaakt van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, en anderzijds dat de overname van een economische activiteit als zodanig geen overdracht van onderneming impliceert, dringt zich onmiddellijk de vraag op naar het belang van de overdracht van het personeel dat in de onderneming is tewerkgesteld.

Alhoewel de richtlijn erop gericht is het personeel te beschermen tegen de nadelige gevolgen van een eventuele overdracht van de onderneming waarin het is tewerkgesteld, en men er in toepassing van de richtlijn dan ook moet toe besluiten dat in een geval van (bevestigde) overdracht van onderneming, al de tewerkgestelde werknemers het recht hebben om samen met de onderneming te worden overgedragen, kan men toch niet anders dan vaststellen dat het Hof van Justitie in de meeste gevallen ook een zeer groot belang hecht aan het al dan niet overdragen van een belangrijke (het belangrijkste) gedeelte van het personeelsbestand, om na te gaan of de richtlijn van toepassing is. Aan het al dan niet overnemen van vrijwel alle personeel door de nieuwe ondernemer

82 H.v.J., 11 maart 1997, *A. Süzen en Zehnacker Gebäudervereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH*, Zaak C-13/95, nr. 15, *Jur.*, 1997, 1259.

83 Zie ook: Arbh. Luik, 3 mei 1995, *J.L.M.B.*, 1995, 1134.

84 Zie: Arbh. Luik, 22 januari 1998, *Soc. Kron.*, 1998, 226; Arbh. Gent, 24 april 1991, *J.T.T.*, 1992, 111.

85 Zie: Arbh. Luik, 22 januari 1998, *Soc. Kron.*, 1998, 226:

'Il se déduit de l'ensemble des considérations que la notion d'entreprise vise également la notion de fonds de commerce lorsque l'activité est immédiatement poursuivie.' In het concrete geval ging het om de overdracht van *'l'ensemble des valeurs comprenant le fonds de commerce et notamment le droit au bail, l'enseigne, l'organisation commerciale, le mobilier, le matériel, l'installation et les objets corporels dont l'inventaire est annexé... Sont toutefois exclues de cette cession tant les dettes que les créances de la S.A.'*

Zie ook: Arbh. Luik, 28 maart 1984, *J.T.T.*, 1984, 364, noot M. Taquet en C. Wantiez.

86 Zie: ENGELS, C. en SALAS, L., 'Cause and Consequence, What's the Difference in Respect of the EC Transfer Directive?' in *Labour law and industrial relations at the turn of the century, Liber Amicorum in honour of Prof. Dr. Roger Blanpain*, ENGELS, C. en WEISS, M. (eds.), Kluwer Law International, the Hague, London, Boston, 1998, 275-289.

wordt een zeer ruime aandacht besteed⁸⁷. In het arrest *Süzen*, dat betrekking had op de uitbesteding van schoonmaakwerk in een school, stelde het Hof dat de overdracht van personeel rekening houdend met de aard van de sector waarin de onderneming zich bevindt, van min of meer belang kan zijn:

*'Voor zover in bepaalde sectoren, waarin arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische entiteit kan vormen, moet evenwel worden erkend dat een dergelijke entiteit haar identiteit ook na de overdracht kan behouden, wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk ... het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet.'*⁸⁸

Aan het al dan niet overnemen van een groot gedeelte van het te werk gestelde personeel wordt door het Hof van Justitie aldus een belangrijke aandacht besteed bij het beantwoorden van de vraag of de richtlijn 77/187 van toepassing is. Dit getuigt van een zekere realiteitszin, aangezien de human resources in sommige ondernemingen soms bijna de enige 'activa' van de onderneming zullen uitmaken. Toch kan er op gewezen worden dat deze handel- en redeneerwijze ook tot contradicties aanleiding kan geven en tegelijkertijd tot gevolg kan hebben dat het uiteindelijke doel van de richtlijn, de bescherming van de bestaande arbeidsrelaties, volledig wordt voorbijgeschoten. Het Arbeidshof te Luik dacht in die richting door te stellen dat:

*'On ne peut considérer la reprise de l'essentiel du personnel comme un critère de transfert d'entité économique avec identité d'exploitation dès que le maintien du personnel est un des objectifs de la directive qui a pour finalité d'assurer autant que possible, le maintien des droits des travailleurs en cas de changement de chef d'entreprise en leur permettant de rester au service du nouveau chef d'entreprise dans les mêmes conditions que celles convenues avec le cédant'*⁸⁹.

Het lijkt ook zo te zijn dat niet alleen naar aantallen moet gekeken worden om na te gaan of de factor human resources een belangrijke rol zal spelen bij het bepalen van de toepasselijkheid van de richtlijn en van de implementerende maatregel. Om uit te maken of er inderdaad een duurzaam georganiseerde entiteit wordt overgedragen zullen wellicht niet alle personeelsgroepen een even

⁸⁷ H.v.J., 11 maart 1997, *A. Süzen en Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH*, Zaak C-13/95, nr. 20, *Jur.*, 1997, 1259.

⁸⁸ H.v.J., 11 maart 1997, *A. Süzen en Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, Lefarth GmbH*, Zaak C-13/95, *Jur.*, 1997, 1259, nr. 21.

Zie ook: H.v.J., 10 december 1998, *Francisco Hernandez Vidal SA t. Gomez Pérez*, e.a., Gevoegde zaken nrs. C-127/96, C-229/96 en C-74/94, nr. 32; H.v.J., 24 januari 2002, *Temco Industries NV*, Zaak C-51/00.

⁸⁹ *Arbh. Luik*, 22 januari 1998, *Soc. Kron.*, 1998, 226.

belangrijke rol innemen. Bij het omschrijven van het geheel van de feitelijke elementen die gezamenlijk moeten in acht genomen worden, moet worden gekeken naar het relatieve belang van de werknemers voor de ganse onderneming.

De omstandigheid dat de overname van het personeel het gevolg is van een sector-CAO die de overnemer van de activiteit verplicht om aan een gedeelte van het personeel van de 'overlater' een arbeidsovereenkomst aan te bieden, wordt door het Hof van Justitie terzijde geschoven. Het Hof weigert om hierin een aanwijzing te zien van de afwezigheid van een overgang in de zin van de richtlijn. Een dergelijke CAO, zo stelt het Hof, streeft immers hetzelfde doel na als de richtlijn⁹⁰.

Om te weten of de richtlijn overdracht van onderneming van toepassing is, moet uit het geheel van alle feitelijke factoren worden afgeleid of de economische entiteit in kwestie haar identiteit behoudt, ook na de overdracht. Is dit niet het geval en is er enkel een nieuwe ondernemer die na de overdracht de economische activiteit voortzet, zonder behoud van identiteit, dan gaat het niet om een overdracht van onderneming in de zin van de richtlijn 77/187⁹¹.

Behoudt de entiteit haar identiteit, dan treedt de richtlijn in werking. De betrokken werknemers verkrijgen alsdan automatisch de door de richtlijn geboden bescherming.

In een recent geval aangaande de overdracht van cateringactiviteiten in een hospitaal moest het Europese Hof van Justitie voor de eerste maal een oordeel vellen over een overdracht waarbij *als zodanig geen enkel personeelslid* was overgenomen⁹². Het Hof onderstreepte nogmaals dat het relatieve belang van de in overweging te nemen factoren, om uit te maken of er sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn, noodzakelijker wijze verschilt 'naargelang van de uitgeoefende activiteit, en zelfs van de productiewijze of bedrijfsvoering in de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel ervan'⁹³.

Het belang van personeel in catering activiteiten wordt door het Hof blijkbaar als relatief onbelangrijk aangezien. In de omstandigheden eigen aan het geval besliste het Hof voor de eerste maal dat er sprake was van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, zelfs in de afwezigheid van enige personeelsoverdracht:

'36. Catering kan evenwel niet worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien daarvoor heel wat uitrusting noodzakelijk is. In het hoofdgeding werden – zoals de Commissie heeft opgemerkt – de voor de betrokken activiteit benodigde materiële activa, zoals ruimten, water, energie alsook de kleine en grote keukens

⁹⁰ H.v.J., 24 januari 2002, *Temco Service Industries NV*, Zaak C-51/00, nr. 27.

⁹¹ Hof van de Europese Vrijhandelsassociatie, 14 maart 1997, *Tor Angeir Ask and others and ABB Offshore Technology AS and Aker Offshore Partner AS*, Zaak E-3/96, nr. 22.

⁹² H.v.J., 20 november 2003, *Carlito Abler e.a., t. Sodexho MM Catering Gesellschaft GmbH*, Zaak C-340/01.

⁹³ H.v.J., 20 november 2003, *Carlito Abler e.a., t. Sodexho MM Catering Gesellschaft GmbH*, Zaak C-340/01, nr. 35.

uitrusting (vast materieel voor het bereiden van de maaltijden en vaatwasmachines) door Sodexho overgenomen. Bovendien wordt de situatie in het hoofdgeding gekenmerkt door de uitdrukkelijke en essentiële verplichting de maaltijden in de ziekenhuiskeuken te bereiden en dus die materiële activa over te nemen. De overdracht van de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimten en uitrusting, die absoluut noodzakelijk is voor de bereiding en de verstrekking van de maaltijden aan de patiënten en personeelsleden van het ziekenhuis, is in die omstandigheden voldoende om van een overgang van een economische eenheid te spreken. Bovendien is het duidelijk dat de nieuwe opdrachtnemer onvermijdelijk vrijwel de gehele klantenkring van zijn voorganger heeft overgenomen, aangezien deze klanten geen ander cateringbedrijf kunnen kiezen.

37. *Bijgevolg is het feit dat de nieuwe ondernemer geen wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger voor de uitoefening van dezelfde activiteit had ingezet, niet voldoende om uit te sluiten dat er sprake is van een overgang van een eenheid met behoud van haar identiteit in de zin van richtlijn 77/187 in een sector zoals de cateringsector, waar de uitrusting de voornaamste factor bij de activiteit is. Zoals het Verenigd Koninkrijk en de Commissie terecht hebben opgemerkt, zou een tegenovergestelde redenering indruisen tegen het hoofddoel van richtlijn 77/187, dat erin bestaat de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van de vervreemder te behouden, zelfs tegen de wil van de verkrijger.⁹⁴*

Anderzijds had het Hof een paar jaren tevoren in dezelfde lijn van gedachten reeds beslist dat voor een activiteit waarvoor een belangrijke inzet van materieel en middelen is vereist, de loutere hernieuwde tewerkstelling van een groot deel van de tewerkgestelde werknemers niet noodzakelijke impliceert dat er van een overgang van onderneming sprake is wanneer er geen belangrijk deel van de assets wordt overgenomen⁹⁵. In het geval ging het om de exploitatie van geregelde streekbuslijnen De 35 buschauffeurs die door de eerste exploitant waren tewerkgesteld werden ontslagen. 33 ervan worden terug aangeworven. Het betrof alleen die die bij de nieuwe exploitant solliciteerden. Er werden bovendien nog 18 bijkomende aanwervingen verricht. Er werden geen voertuigen overgedragen, noch andere activa die met de exploitatie van de lijnbussen verband hielden. In afwachting van de levering van 22 nieuwe bussen werden er voor een beperkte periode van 2 à 3 maanden 2 lijnbussen gehuurd bij de vorige exploitant.

Aangezien busvervoer door het Hof niet wordt beschouwd als een activiteitssector waarin arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, resulteerde de tewerkstelling van een groot aantal werknemers er toch niet in dat er van een

⁹⁴ H.v.J., 20 november 2003, *Carlito Abler e.a., t. Sodexho MM Catering Gesellschaft GmbH*, Zaak C-340/01, nr. 36-37.

⁹⁵ H.v.J., 25 januari 2001, *Oy Liikenne Ab t. Pekka Liskojärir en Pentti Junkurne*, Zaak C-172/99.

overgang van onderneming in de zin van de richtlijn sprake was⁹⁶. Net zoals busvervoer, kan ook het boren van mijnschachten niet worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien deze activiteit een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist⁹⁷.

Tenslotte is het ook voor de kwalificatie van de overgang wat de richtlijn betreft, niet van invloed dat de overdragende onderneming na de overname van een van haar activiteiten blijft bestaan, en dat zij een deel van het in die activiteiten tewerkgestelde personeel heeft behouden, wanneer de activiteit waarvan zij afstand heeft gedaan, op zichzelf een economische eenheid vormt.⁹⁸

II. Private en openbare ondernemingen

Aangezien de richtlijn in het Belgische recht werd omgezet via een Collectieve Arbeidsovereenkomst, staat meteen ook vast dat de richtlijn als zodanig niet van toepassing is op de openbare sector.

In de mate echter dat er activiteiten van economische aard worden uitgeoefend door bedrijven die tot de openbare sector behoren, zonder dat het gaat om louter bijkomstigheden bij een activiteit die de uitoefening van openbaar gezag inhoudt, valt de openbare sector als zodanig niet buiten het toepassingsgebied van de richtlijn⁹⁹.

Het beheer van openbare telecommunicatiesystemen en het tegen betaling ter beschikking stellen van gebruikers is een ondernemingsactiviteit. Het feit dat bovendien de exploitatie van het openbare telecommunicatienet is toevertrouwd aan een in het openbaar bestuur geïntegreerde eenheid, staat er niet aan in de weg deze als openbare onderneming aan te merken¹⁰⁰. Het personenvervoer per autobus behoort eveneens niet tot de uitoefening van het overheidsgezag¹⁰¹. Hetzelfde geldt voor het reclame maken voor en het verzorgen van informatie over de door een stad aan het publiek geboden diensten¹⁰².

Het feit dat een dienst wordt uitbesteed door een openbare instelling kan op zich de toepassing van de richtlijn niet uitsluiten:

96 H.v.J., 25 januari 2001, *Oy Liikenne Ab t. Pekka Liskojärir en Pentti Junkurne*, Zaak C-172/99.

97 H.v.J., 2 december 1999, *G.C. Allen and Others t. Amalgamated Construction Co. Ltd.*, Zaak C-243/98.

98 H.v.J., 24 januari 2002, *Temco Service Industries NV*, Zaak C-51/00, nr. 29.

99 H.v.J., 15 oktober 1996, *A. Henke t. Gemeinde Schierke, Verwaltungsgemeinschaft 'Brocken'*, Zaak C-298/94, *Jur.*, 1996, 5013, nr. 17 (a contrario).

100 H.v.J., 14 september 2000, *R. Collino, L. Chiappero en Telecom Italia SpA*, Zaak C-343/98, nr. 33.

101 H.v.J., 25 januari 2001, *Oy Liikenne Ab t. Pekka Liskojärir en Pentti Junkurne*, Zaak C-172/99, nr. 19.

102 H.v.J., 26 september 2000, *Didier Mayeur t. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*, Zaak C-175/99, nrs. 38-39.

*'Dat de opdrachtgever een publiekrechtelijk lichaam is, sluit evenmin de toepassing van richtlijn 77/187 uit, aangezien noch de thuishulp aan hulpbehoevenden, noch de bewaking tot de uitoefening van het overheidsgezag behoort (zie, in die zin, arrest van 15 oktober 1996, Henke, C-298/94, Jurispru. Blz I – 4989).'*¹⁰³

Op het Europese vlak stelde het Europese Hof van Justitie:

'Het Hof heeft immers reeds, althans impliciet, erkend dat op gebieden als het mededingingsrecht (arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90; Hörner en Esler, Jurispr. 1991, blz. I-1979) of het sociaal recht (zie, wat de toepassing van de richtlijn betreft, het arrest Redmond Stichting, reeds aangehaald) een eenheid een economische activiteit kan uitoefenen en voor de toepassing van het gemeenschapsrecht als een 'onderneming' kan zijn aan te merken, ook al heeft zij geen winstoogmerk.'

*Uit deze rechtspraak volgt, dat het feit dat een onderneming geen winstoogmerk heeft, op zich niet de conclusie rechtvaardigt dat haar activiteit geen economisch karakter heeft, of dat zij buiten de werkingssfeer van de richtlijn valt. Anders dan de regering van het Verenigd Koninkrijk stelt, mag de werkingssfeer van de richtlijn dus niet worden beperkt tot ondernemingen met een winstoogmerk'.*¹⁰⁴

De overgang van een economische activiteit van een privaatrechtelijke rechtspersoon naar een publiekrechtelijke rechtspersoon valt in beginsel zeker ook binnen het toepassingsgebied van de richtlijn¹⁰⁵. Vanzelfsprekend geldt dit enkel zo er aan de andere voorwaarden voor de toepasselijkheid van de richtlijn is voldaan. In een concreet geval argumenteerde de Franse regering tegen de toepassing van de richtlijn. Ze stelde dat de administratieve overheid grote veranderingen moest aanbrengen in de wijze van beheer, exploitatie en functioneren van de overgedragen eenheid omwille van het interne Franse recht dat de administratieve overheid bindt aan specifieke regels inzake beheer, exploitatie en werking en omwille van het feit dat ze de arbeidsovereenkomsten niet kon verderzetten –de betrokkenen worden dan immers publiekrechtelijke functionarissen wier statuut door het administratieve recht wordt beheerst¹⁰⁶. Het Hof van Justitie merkte op dat onder bepaalde omstandigheden factoren zoals de organisatie, de werking, de financiering, het beheer en de toepasselijke rechtsregels een economische eenheid zodanig kenmerken dat bij wijziging van zulke factoren, ook de identiteit van de eenheid verandert¹⁰⁷. In het con-

¹⁰³ H.v.J., 10 december 1998, *F. Sánchez Hidalgo e.a. en Asociacion de Servicios Aser e.a.*, Gevoegde zaken nrs. C-173/96 en C-247/96, nr. 24.

¹⁰⁴ H.v.J., 8 juni 1944, *Commissie van de Europese Gemeenschappen t. Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland*, Zaak C-382/92, *Jur.*, 1994, 2435, nrs. 44-46. Zie ook: H.v.J., 14 september 2000, *R. Collino, L. Chaipappero en Telecom Italia SpA*, Zaak C-343/98, nr. 30.

¹⁰⁵ H.v.J., 26 september 2000, *Didier Mayeur T. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*, Zaak C-175/99, nrs. 38-39.

¹⁰⁶ H.v.J., 26 september 2000, *Didier Mayeur T. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*, Zaak C-175/99, nrs. 50 e.v..

¹⁰⁷ H.v.J., 26 september 2000, *Didier Mayeur T. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*, Zaak C-175/99, nrs. 53.

crete geval dat bij het Hof voorlag was dit echter niet zo, omdat de activiteit en de eenheid gewoon werd overgenomen en verdergezet en omdat de privaatrechtelijke rechtspersoon in feite reeds als een overheidsdienst belast was met een taak van algemeen belang¹⁰⁸. Het Hof van Justitie deed daarbij ook een opmerkelijke vaststelling dat de eventuele door het nationale recht opgelegde verplichting om de privaatrechtelijke arbeidsovereenkomsten op te zeggen, moet worden beschouwd als een wezenlijke wijziging van arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemers, die rechtstreeks het gevolg is van de overgang zodat de arbeidsovereenkomsten in dat geval als door de werkgever verbroken moeten worden beschouwd¹⁰⁹. Moet de overgang van het werknemers- naar een ambtenarenstatuut dan per definitie als een merkelijke nadelige wijziging voor de betrokkenen worden gezien?

Wel is het natuurlijk zo dat slechts zij die als werknemer tewerkgesteld zijn, beschermd worden¹¹⁰. Deze regel geldt ook voor de publieke onderneming die binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt. Diegenen die niet als werknemer door de Staat zijn tewerkgesteld, doch wel als ambtenaar en die buiten de door de nationale arbeidswetgeving geboden bescherming vallen, zijn niet beschermd door de richtlijn. Het feit dat zij werkzaamheden verrichten zoals werknemers brengt de toepasselijkheid van de richtlijn niet mee¹¹¹.

Het feit dat een activiteit zonder winstoogmerk of in het openbaar belang wordt uitgeoefend sluit de toepassing van de richtlijn niet uit¹¹².

De CAO nr. 32*bis* stelt uitdrukkelijk dat als werknemer beschouwd worden: 'de personen die krachtens een arbeidsovereenkomst of een leerovereenkomst arbeid verrichten'¹¹³. Dit houdt dan tegelijkertijd in dat zij die als statutair zijn tewerkgesteld de bescherming dus niet genieten, aangezien zij geen werknemer zijn. De CAO nr. 32*bis* voorziet ook geen uitbreiding van het toepassingsgebied tot zij die met werknemers worden gelijkgesteld. De CAO nr. 32*bis* is niet van toepassing op zij die anders dan krachtens een arbeidsovereenkomst werk leveren onder gezag.

Eenzelfde opmerking aangaande gebrekkige implementering van een Europese richtlijn in het Belgisch recht moet trouwens gemaakt worden wat betreft de richtlijn betreffende de Europese ondernemingsraden¹¹⁴. Deze richtlijn werd in

¹⁰⁸ H.v.J., 26 september 2000, *Didier Mayeur T. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*, Zaak C-175/99, nrs. 54.

¹⁰⁹ H.v.J., 26 september 2000, *Didier Mayeur T. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*, Zaak C-175/99, nrs. 57.

¹¹⁰ H.v.J., 10 december 1998, *F. Sánchez Hidalgo e.a. en. Asociacion de Servicios Aser e.a.*, Gevoegde zaken nrs. C-173/96 en C-247/96, nr. 24.

¹¹¹ H.v.J., 14 september 2000, *R. Collino, L. Chaiappero en Telecom Italia SpA*, Zaak C-343/98, nr. 38.

¹¹² H.v.J., 26 september 2000, *Didier Mayeur T. Association Promotion de l'Information messine (APIM)*, Zaak C-175/99, nrs. 40.

¹¹³ Art. 2, 2 CAO nr. 32*bis*.

¹¹⁴ Richtlijn van 22 september 1994 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een commu-

het Belgische recht omgezet, via de CAO nr. 62¹¹⁵. Ook hier schiet België tekort wat de implementering betreft, omdat de openbare sector niet door de CAO wordt gedekt¹¹⁶. De opmerking als zou dit in de praktijk wellicht weinig belang hebben, doet vanzelfsprekend geen afbreuk aan de op de Lidstaat rustende verplichting tot volledige implementering.

De gewijzigde tekst van de richtlijn stelt uitdrukkelijk dat de richtlijn van toepassing is op de openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk¹¹⁷. Vanzelfsprekend houdt dit in dat de Belgische wetgever naast de Nationale Arbeidsraad wetgevend zal moeten optreden. Immers, deze laatste is als zodanig niet bevoegd om wetgevend op te treden ten aanzien van de openbare sector, zij het dat er toch ook in dit verband een aantal belangrijke uitzonderingen zijn¹¹⁸.

III. Territoriaal toepassingsgebied - territoriale werking

De richtlijn 77/187 stelt van toepassing te zijn 'voor zover de ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan welke overgaan, zich binnen de territoriale werkingsfeer van het Verdrag bevinden'¹¹⁹. Wat van belang is, is derhalve de ligging van de onderneming, vestiging of onderdeel ervan die wordt overgedragen¹²⁰. Het feit dat de overnemer desgevallend buiten de werkingsfeer van de richtlijn valt, sluit derhalve de bescherming van de werknemers niet uit.

De CAO nr. 32*bis* is als algemeen verbindend verklaarde CAO (en dus strafrechtelijk gesanctioneerd) slechts van toepassing op diegenen die zich op het Belgische grondgebied bevinden¹²¹. De CAO kan geen extra-territoriale werking hebben. De overnemer die zich in het buitenland bevindt zal zich desge-

nautaire dimensie ter informatie en raadpleging van werknemers, 94/95 EEG, *P.B.*, L 254, 30 september 1994, 64.

115 Koninklijk Besluit van 22 maart 1996, waarbij algemeen verbindend wordt verklaard de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 62 van 6 februari 1996, gesloten in de Nationale Arbeidsraad, betreffende de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van werknemers, *B.S.*, 10 april 1996.

116 C. ENGELS 'De informatie en consultatie van werknemers in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie: de C.A.O.', nr. 62, *Or.*, 1996, 121, 122. Zie ook: C. ENGELS en L. SALAS, *European Works Councils in Belgium*, Kluwer Law International, Bruylant, 1999, 125 pp.

117 Art. 1, 2 (wordt nieuwe artikel 1, 1, c)), Richtlijn 98/50.

Zie ook: Arbh. Gent, 30 maart 1998, *J.T.T.*, 1998, 430.

118 Art. 2 § 3, Wet 5 december 1968 betreffende de collectieve arbeidsovereenkomsten en de paritaire comités, *B.S.*, 15 januari 1969, nadien herhaaldelijk gewijzigd.

119 Art. 1, 2 Richtlijn.

120 WANTIEZ, C., *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, E.D.S. sprl, Bousval, 1996, 52 e.v., nr. 49.

Zie ook: Memorandum of the Commission acquired right of workers in case of transfers of undertakings, Brussel, 04/03/1997 COM (97) 85 final, 13.

121 WANTIEZ, C., *Transferts conventionnels d'entreprise et droit du travail*, E.D.S. sprl, Bousval, 1996, 54, nr. 50.

vallend moeten houden aan de verplichtingen die zijn nationale wet hem in uitvoering van de richtlijn oplegt.

Of, en in welke mate een buitenlandse overnemer de eigen werknemers of hun vertegenwoordigers moet informeren en consulteren zal afhangen van het eigen nationale recht waaraan die overnemer onderworpen is en derhalve aan de uitwerking die in diens rechtssysteem aan de richtlijn werd gegeven. Van enige erkende horizontale directe werking van de richtlijn is immers nog geen sprake. Wat echter de bescherming van de rechten van de *individuele werknemer* betreft die wordt overgedragen en die zich in deze hypothese in een andere Lidstaat bevindt, lijkt het zo te zijn dat deze zich kan beroepen op de normaal op hem toepasselijke wetgeving. Dit lijkt te worden bevestigd door de regels van het Europees Verdrag inzake het recht van toepassing op de verbintenissen uit overeenkomst, opgemaakt te Rome op 19 juni 1980. Dit verdrag voorziet namelijk in de toepassing van de dwingende regels van het recht van de staat waar de werknemer gewoonlijk tewerk is gesteld en prestaties levert¹²². De in België tewerkgestelde werknemer kan derhalve de dwingende regels van het Belgische recht inroepen, en dus ook de dwingende bescherming hem/haar geboden in toepassing van de CAO nr. 32*bis*, in geval van een overdracht van zijn/haar onderneming of vestiging naar een buitenlandse nieuwe werkgever. De bepalingen van algemeen verbindend verklaarde CAO's kunnen als dwingende bepalingen in de zin van het Europees Overeenkomstenverdrag beschouwd worden¹²³.

De vraag of de fysische verplaatsing van een overgedragen onderneming of onderdeel van een onderneming van een oorspronkelijke vestigingsplaats in België naar een nieuwe vestigingsplaats in Nederland al dan niet als rechtmatig kan worden aangezien moet, voor de werknemers die gewoonlijk hun prestaties in België leveren, beoordeeld worden vanuit het Belgische recht. De rechter zal alsdan het Belgische recht moeten toepassen, om uit te maken of de wijziging die werd aangebracht aan de arbeidsovereenkomst, aanvaardbaar is of niet. De rechter zal zich dus de vraag moeten stellen of de plaats van tewerkstelling al dan niet een essentieel element van de arbeidsovereenkomst uitmaakt. Is dit niet het geval, en voorziet de overeenkomst in de mogelijkheid de plaats van de tewerkstelling te verplaatsen, dan zal de werknemer de redelijke verandering aangebracht aan de arbeidsplaats, moeten aanvaarden. Vanzelfsprekend moeten de aangebrachte wijzigingen aan niet-essentiële arbeidsvoorwaarden redelijk blijven. De redelijkheid moet worden beoordeeld met inachtnaam van al de omstandigheden eigen aan de arbeidsovereenkomst zoals deze werd uitgevoerd. Het Arbeidshof te Luik paste de beschermde bepalingen van de CAO nr. 32*bis* en de overige toepasselijke bepalingen van het Belgische arbeidsrecht toe om de rechten te evalueren van een werknemer die behoorde

¹²² Zie: ENGELS, C., 'Arbeidsovereenkomsten met een internationaal aspect', in: *Europese IPR-verdragen*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (eds.), Acco, Leuven, 1997, 235-257.

¹²³ Zie: ENGELS, C., 'Arbeidsovereenkomsten met een internationaal aspect', in: *Europese IPR-verdragen*, VAN HOUTTE, H. en PERTEGAS SENDER, M. (eds.), Acco, Leuven, 1997, 235-252.

Zie ook: Arbh. Brussel, 12 april 1988, *J.T.T.*, 1988, 359, noot.

tot een afdeling die te Herstal was gelegen en die werd overgedragen en overgeplaatst naar een onderneming in Nederland¹²⁴.

Een van de werknemers die met de afdeling naar Nederland was overgeplaatst ontving een brief waarin hem 'gevraagd' werd zich vanaf de datum van de overgang op de in Nederland gevestigde bedrijfszetel aan te bieden. De betrokken werknemer deelde de Nederlandse overnemer mee dat hij zich in dienst bevond van de Belgische vennootschap. Ten aanzien van de Belgische vennootschap (overlater) deelde dezelfde werknemer mee dat hij bij haar in dienst was en zijn arbeidsovereenkomst verder wenste uit te voeren.

Na nog wat heen en weer geschrijf wordt door de werkgever aan de betrokkene meegedeeld dat de werkgever ervan uitgaat dat de werknemer zijn arbeidsovereenkomst had verbroken. De werknemer dagvaardt voor de arbeidsrechtbank, ervan uitgaande dat het de werkgever was die de overeenkomst beëindigde. Alleen de Belgische werkgever, overlater wordt gedagvaard.

Bij de beoordeling van de rechten van de betrokken werkgever, past de rechtbank de CAO nr. 32bis:

'Or, non seulement, l'objet de la convention collective de travail n° 32bis, tel que défini par son article 1er, est conçu en termes tout à fait généraux, qui n'impliquent nullement l'exclusion de transferts ayant une incidence sur le plan géographique même transfrontière, mais ce qui plus est, l'article 1er, 1° de la directive dispose que celle-ci est applicable aux transferts d'entreprises, d'établissements ou parties d'établissements à un autre chef d'entreprise, résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion, tandis que selon le 2e de cet article, elle est applicable si et dans la mesure où l'entreprise, l'établissement ou partie d'établissement à transférer se trouve dans le champ d'application territorial du Traité.

Il n'est dès lors pas permis de soutenir que la convention collective de travail n° 32bis ne serait pas d'application en l'espèce.

D'une part, les termes absolument généraux s'opposent à une telle vue des choses, alors qu'en raison même de la définition de son objet, elle concerne l'ensemble des employeurs et travailleurs du secteur privé en Belgique, et donc également l'appelant et la société intimée.

D'autre part, un tel soutènement n'est pas compatible avec le champ d'application donné à la directive, donc l'ensemble du territoire des Etats membres de la Communauté (art. 227, Traité de Rome); qu'il serait, en effet, difficilement concevable, eu égard à la philosophie à la base du Traité, que la directive ne concernerait les transferts d'entreprises que pour autant qu'ils ne se produisent que sur le territoire d'un seul des Etats membres, donc à l'exclusion des transferts de la sphère d'influence d'un Etat membre à celle d'un autre Etat membre.

La Cour en conclut que sous réserve de sa conformité à la directive 77/187, la convention collective de travail n° 32bis est d'application en l'espèce, ce, contrairement au soutènement de l'appelant.¹²⁵

¹²⁴ Zie: Arbh. Luik, 10 juni 1993, *J.T.T.*, 1993, 371 (geval *Memorex*).

¹²⁵ Arbh. Luik, 10 juni 1993, *J.T.T.*, 1993, 373.

Conclusie

Het is duidelijk dat het Hof van Justitie wel formeel blijft bevestigen dat er aan drie voorwaarden moet voldaan zijn om van een overgang van onderneming te kunnen spreken in de zin van de richtlijn.

Slechts de eerste voorwaarde, de wijziging van werkgever, lijkt niet echt problematisch te zijn.

De tweede voorwaarde, namelijk dat het om een overgang krachtens overeenkomst moet gaan, geeft niet (meer) tot grote discussies aanleiding omdat het Hof van Justitie deze voorwaarde eigenlijk, zo goed als uit de richtlijn heeft weggeschreven.

De derde en laatste voorwaarde, namelijk deze die stelt dat het moet gaan om een overdracht van een onderneming of onderdeel van een onderneming of vestiging, is uiterst feitelijk gedreven, waarbij het Europese Hof van Justitie er bovendien nog uitdrukkelijk op wijst dat alle feitelijke elementen steeds in hun eigen context moeten worden bekeken, zodat generaliseringen zijn uitgesloten. Vanzelfsprekend vermindert dit in grote mate de mogelijkheid om te voorspellen of een bepaalde outsourcing activiteit al dan niet onder de toepassing van de implementeringsmaatregel van de richtlijn zou vallen. Bovendien lijkt het toch ook minstens zo te zijn dat niet alle waardeoordelen die het Hof velt van kritiek onstoken blijven. In het licht van de vraag naar een mogelijke overgang van onderneming worden bijvoorbeeld kuisactiviteiten beschouwd als zijnde activiteiten waarvoor de arbeidskrachten het essentiële element zijn, voor een cateringactiviteit blijkt dat niet het geval te zijn!