

Arbeidsrecht

Het lot van het personeel bij wijziging van dienstverlener

Jan HOFKENS
advocaat-vennoot Lydian

De Europese Richtlijn 2001/23/EG¹ regelt het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming of een afdeling. Daarbij geldt als centrale vereiste dat de overgang betrekking moet hebben op een economische eenheid als lopend bedrijf. De toepassing van deze vereiste bij een opeenvolging van dienstverleners (zogenaamde in- of outsourcing van activiteiten) is al jaren bron van discussie. In het baanbrekende arrest Abler van 20 november 2003 oordeelde het Hof van Justitie dat het voortgezette gebruik van dezelfde materiële activa door de nieuwe dienstverlener in de cateringsector een voldoende voorwaarde is opdat sprake is van de overgang van een economische eenheid als lopend bedrijf. Met dit arrest poneerde het Hof van Justitie een haast automatische toepassing van de Richtlijn bij wijziging van dienstverlener in zogenaamd kapitaalsintensieve sectoren.. Dit standpunt heeft ingrijpende gevolgen voor sectoren waarin de opeenvolging van dienstverleners een regelmatig voorkomend fenomeen is, zoals horeca, bewakingsdiensten, schoonmaak en informatica. De precieze draagwijdte van de Abler rechtspraak in andere dan louter kapitaalsintensieve sectoren werd in een aantal recente arresten door het Hof van Justitie verijnd. De vraag is vooral of in deze arresten nog wel enige zinvolle lijn te trekken is, of dat het Hof van Justitie zich uitsluitend laat leiden door het belang van de werknemers om tot haast automatische toepassing van de Richtlijn te besluiten ook ongeacht de overname van activa of personeel, het behoud van een eigen organisatie of het bestaan van een formele arbeidsovereenkomst.

I. Inleiding²

1. De Richtlijn voorziet in het behoud van de rechten van de werknemers³ in geval van "de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie"⁴.

Hierbij wordt als "overgang" beschouwd: "de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan"⁵.

¹ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen ("de Richtlijn"). De nationale bepalingen die de Richtlijn omzetten (zoals CAO 32bis voor wat België betreft) moeten worden uitgelegd in het licht van de bewoordingen en het doel van de Richtlijn.

² Deze bijdrage werd geschreven voor de alumnidag van de KUL van 18 maart 2011, en is een herwerking en actualisatie van J. HOFKENS en A. DREESEN, "Overgang van onderneming: heeft het Hof van Justitie de Abler-doctrine terug verlaten?", *Or.* 2010, 241-255.

³ Artikel 3, 1e alinea van de Richtlijn.

⁴ Artikel 1.1 (a) van de Richtlijn.

⁵ Artikel 1.1 (b) van de Richtlijn.

Dit betekent dat de Richtlijn van toepassing is indien drie voorwaarden cumulatief vervuld zijn:

1. Er is een wijziging van werkgever;
2. Als gevolg van een overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan;
3. Krachtens een overeenkomst.

II. Wijziging van werkgever – de zaak Albron (21 oktober 2010)

2. De overgang moet een wijziging van werkgever impliceren, d.w.z. een wijziging in "*de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en die als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van, of arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemers van de onderneming*"⁶.

De "*persoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming*" moet wijzigen waardoor de oude natuurlijke of rechtspersoon (de vervreemder) deze hoedanigheid verliest, en de nieuwe natuurlijke of rechtspersoon (de verkrijger) deze hoedanigheid verwerft.

De vraag is of de vervreemder ook de contractuele werkgever moet zijn, of dat ook niet-contractuele (feitelijke) arbeidsverhoudingen gevisieerd worden.

Om de bescherming van de werknemers en de continuïteit van de bestaande arbeidsbetrekkingen te waarborgen, heeft het Hof van Justitie de notie "*persoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming*" ruim geïnterpreteerd. Zij gaat niet noodzakelijk samen met een welbepaalde juridische relatie tussen deze persoon en het personeel dat in de overgedragen activiteit wordt tewerkgesteld.

In die zin kan verwezen worden naar het recente arrest Albron Catering van het Hof van Justitie van 21 oktober 2010⁷. Het Hof van Justitie diende zich in dit arrest te buigen over cateraar Albron Catering die op 1 maart 2005 de cateringafdeling van Heineken Nederland had overgenomen. Een aantal van de binnen deze cateringafdeling tewerkgestelde werknemers waren formeel niet in dienst van Heineken Nederland maar van een dochtervennootschap (Heineken Nederland Beheer) die hen structureel ter beschikking stelde van diverse werkmaatschappijen van de groep, waaronder Heineken Nederland. De vraag stelde zich of Heineken Nederland t.a.v. deze gedetacheerde werknemers als "vervreemder" beschouwd kon worden, nu zij geen formele arbeidsovereenkomst had met deze werknemers.

⁶ Zie o.m.: H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, nr. C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259; H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, nrs. C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, nr. C-172/99, *Jur.* 2001, I-745; H.v.J. 17 december 1987, nr. C-287/86, *Ny Molle Kro*, *Jur.* 1987, 5465.

⁷ H.v.J. 21 oktober 2010, *Albron Catering*, nr. C-242/09, <http://curia.europa.eu>.

Het Hof van Justitie oordeelde als volgt:

"29. [...] Om te kunnen bepalen wie de vervreemder van de activiteiten is, [prevaleert] de positie van een contractuele werkgever, ofschoon deze niet verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen economische eenheid, niet systematisch boven de positie van een niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk is voor die activiteiten.

30. Deze analyse vindt steun in punt 3 van de considerans van richtlijn 2001/23, dat de noodzaak onderstreept om de werknemers bij verandering van "ondernemer" te beschermen. Dit begrip kan immers, in een context zoals aan de orde in het hoofdgeding, ook doelen op de niet-contractuele werkgever die verantwoordelijk is voor de leiding van de overgedragen activiteiten.

31. In deze omstandigheden kan, indien binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan, waarvan de één contractuele en de andere niet-contractuele betrekkingen heeft met de werknemers van dat concern, als een "vervreemder" in de zin van richtlijn 2001/23 ook worden beschouwd de werkgever die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid die uit dien hoofde arbeidsbetrekkingen heeft met de werknemer van die eenheid, eventueel niettegenstaande het ontbreken van contractuele relaties met die werknemers."

Hieruit volgt dus dat de "persoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming" niet noodzakelijk de contractuele werkgever is van de werknemers die deel uitmaken van de economische eenheid die overgedragen wordt. Wanneer binnen een concern twee werkgevers naast elkaar bestaan, kan de werkgever die verantwoordelijk is voor de economische activiteiten van de overgedragen eenheid (en aldus arbeidsverhoudingen heeft met de werknemers van die economische eenheid), de vervreemder zijn, ook al bestaat er geen contractuele relatie met de werknemers.

Het Hof van Justitie hanteert aldus een ruime interpretatie van het concept "arbeidsbetrekking"⁸, en lijkt daarbij geen onderscheid te maken tussen de arbeidsovereenkomst met de contractuele werkgever, en de arbeidsbetrekking met een niet-contractuele werkgever (verantwoordelijke voor de economische exploitatie).

De zaak Albron heeft weliswaar betrekking op een quasi permanente detachering van werknemers binnen een internationaal concern, waardoor de werknemer *de facto* een bijna vaste arbeidsbetrekking had met de gebruiker vergelijkbaar met een arbeidsovereenkomst. De vraag zal evenwel zijn in hoeverre deze principes kunnen doorgetrokken worden naar vergelijkbare constructies, zoals

⁸ Artikel 3, lid 1 Richtlijn: "de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over".

permanent ter beschikking gestelde werknemers in het kader van een diensten-overeenkomst (*service level agreement*), of uitzendkrachten⁹.

In de zaak Briot van 15 september 2010¹⁰ sprak het Hof zich uit over een uitzendkracht die door Randstad werd tewerkgesteld in het bedrijfsrestaurant van de Raad van de Europese Unie. Het Hof herhaalde haar standpunt dat "*de bescherming die richtlijn 2001/23 beoogt te verzekeren, zoals uit de bewoordingen zelf van artikel 3, lid 1, eerste alinea, ervan blijkt, uitsluitend werknemers betreft met wie op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking bestaat*" (randnr. 27). Of een uitzendkracht geacht moet worden een arbeidsbetrekking met de gebruiker te hebben (terwijl het uitzendkantoor de formele werkgever is) wordt door het Hof overgelaten aan de nationale rechter: "*Of er op het tijdstip van de overgang al dan niet een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding bestaat, moet worden uitgemaakt aan de hand van het nationale recht, evenwel met inachtneming van de dwingende voorschriften van de richtlijn betreffende de bescherming van de werknemers tegen ontslag wegens de overgang*" (randnr. 28).

Na de zaak Albron kan o.i. niet uitgesloten worden dat uitzendkrachten die quasi permanent aan een gebruiker ter beschikking worden gesteld, geacht worden een arbeidsbetrekking met de gebruiker te hebben in de zin van de Richtlijn¹¹. Een andermaal verruimde toepassing van de Richtlijn lijkt er aan te komen.

III. Overgang krachtens overeenkomst – de zaak Jouini (13 september 2007)

3. De overgang moet in de tweede plaats krachtens overeenkomst gebeuren.

Het Hof van Justitie heeft ook deze voorwaarde al snel zeer flexibel toegepast, door opnieuw niet zozeer rekening te houden met de *tekst* van deze voorwaarde als wel met het *doel* ervan, namelijk de bescherming van de werknemers¹².

⁹ Zie o.m. H.v.J. 13 september 2007, Jouini e.a, C-458.05, <http://curia.europa.eu>, waarin het weliswaar over een uitzendkracht als werknemer van het uitzendkantoor ging.

¹⁰ H.v.J. 15 september 2010, Briot, C-386/09, <http://curia.europa.eu>, waarin het Hof oordeelde dat de beëindiging van een uitzendcontract wegens het verstrijken van de overeengekomen termijn voorafgaand aan de overgang, en wegens deze overgang niet wordt vernieuwd, niet in strijd is met het ontslagverbod van artikel 4, lid 1 van de Richtlijn. De uitzendkracht moet bijgevolg niet worden geacht op het tijdstip van de overgang nog altijd ter beschikking van de gebruiker te staan.

¹¹ In België kan een gelijkaardig resultaat bereikt worden bij langdurige tewerkstelling als uitzendkracht in strijd met de voorschriften van de Uitzendarbeidwet van 21 juli 1987, waarbij als sanctie het ontstaan van een arbeidsovereenkomst met de gebruiker is voorzien.

¹² H.v.J. 7 februari 1985, *Abels*, nr. C-135/83, *Jur.* 1985, 469.

Het volstaat immers volgens het Hof van Justitie dat de overgang plaatsvindt "*in het kader van contractuele betrekkingen*"¹³: de overgang hoeft dus niet noodzakelijk het voorwerp te zijn van de overeenkomst; het is voldoende dat zij er een gevolg van is.

Dit principe heeft het Hof van Justitie meermaals toegepast in het kader van diverse vormen van outsourcing (uitbesteding van activiteiten door een opdrachtgever aan een nieuwe dienstverlener) en insourcing (de opdrachtgever die eerder uitbestede activiteiten zelf terug uitoefent).

Het Hof van Justitie heeft met name meermaals bevestigd dat in het kader van dergelijke operaties sprake kan zijn van een overgang van onderneming, en dit zowel in rechtstreekse relatie tussen opdrachtgever en dienstverlener, als in de relatie tussen twee dienstverleners die achtereenvolgens werken voor dezelfde opdrachtgever en dus onderling geen rechtstreekse (contractuele) betrekkingen hebben. Het feit dat tussen beide dienstverleners geen rechtstreekse contractuele relatie tot stand kwam doet hieraan geen afbreuk.

Voorbeelden zijn:

- de insourcing van een verpachting¹⁴;
- twee concessienemers die elkaar opvolgen in een concessie voor de verkoop van auto's binnen een bepaald gebied¹⁵;
- de outsourcing van de uitbating van een bedrijfskantine¹⁶;
- een insourcing van schoonmaakactiviteiten¹⁷ of een opvolging van twee dienstverleners in een schoonmaakcontract¹⁸.

In het arrest Mayeur¹⁹ is het Hof van Justitie volgens sommigen nog een stap verder gegaan. Het arrest kan immers zo geïnterpreteerd worden dat de voorwaarde dat de overgang plaatsvindt "*in het kader van contractuele betrekkingen*" reeds afgeleid kan worden uit het loutere feit dat de overnemer de exploitatie van de onderneming voortzet²⁰.

In het arrest Jouini heeft het Hof van Justitie deze voorwaarde nog verder uitgehold: "*Het begrip overdracht krachtens overeenkomst kan dus al naargelang het geval een schriftelijk of mondelinge overeenkomst zijn tussen de vervreemder en de verkrijger over een wijziging van de voor de exploitatie van de economische eenheid verantwoordelijke persoon, of een stilzwijgende overeenkomst tussen hen blijkend uit praktische samenwerking op bepaalde punten.*"

¹³ H.v.J. 17 december 1987, *Ny Molle Kro*, nr. C-287/86., *Jur.* 1987, 5465; H.v.J. 5 mei 1988, *Berg en Busschers*, nrs. 144/87 en 145/87, *Jur.* 1988, 2559, ro. 19.

¹⁴ H.v.J. 17 december 1987, *Ny Molle Kro*, nr. C-287/86, *Jur.* 1987, 5465.

¹⁵ H.v.J. 7 maart 1996, *Merckx & Neuhuys*, nrs. C-171/94 en C-172/94, *Jur.* 1996, 1253.

¹⁶ H.v.J. *Watson Rask*, nr. C-209/91, *Jur.* 1992, 5755.

¹⁷ H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, *Jur.* 1998, I-8179; zie ook: H.v.J. 29 juli 2010, *UGT-FSP*, *I.c.*

¹⁸ H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185

¹⁹ H.v.J. 26 september 2000, *Mayeur*, nr. 175/99, *Jur.* 2000, 9-7755.

²⁰ N. THOELÉN, *Conventionele overgang van onderneming – Richtlijn 2001/23/EG en CAO nr. 32bis*, Larcier, Brussel, 2007, 28.

waarin hun beider wensen om tot een dergelijke wijziging over te gaan tot uiting komt"²¹.

Hiermee valt de voorwaarde "*krachtens overeenkomst*" *de facto* volledig weg als afzonderlijke voorwaarde. Zodra er immers sprake is van een overgang van onderneming in het kader van in- of outsourcing, en de derde voorwaarde (lopend bedrijf) vervuld is, zal *ipso facto* ook aan de tweede voorwaarde voldaan zijn.

IV. Overgang als lopend bedrijf: van Spijkers tot CLECE (20 januari 2011)

4. De overgang moet betrekking hebben op een economische eenheid. Hieronder wordt verstaan een geheel van georganiseerde personen en middelen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend²².

Dit geheel van georganiseerde personen en middelen moet bovendien na de overgang haar identiteit behouden, d.w.z. op dezelfde (of gelijkaardige) manier voortbestaan als vóór de overgang.

Deze dubbele voorwaarde is het moeilijkst te beoordelen en heeft tot heel wat - en vaak uiteenlopende en zelfs tegenstrijdige - rechtspraak geleid. Het Hof lijkt slechts één bedoeling te hebben; de Richtlijn zodanig interpreteren dat deze ter bescherming van de rechten van de werknemers haast steeds van toepassing is. De gevallen waarin tot niet-toepassing van de Richtlijn wordt besloten zijn uitermate zeldzaam. En ook de Belgische rechtspraak lijkt deze ruime toepassing genegen te zijn.

Hierna volgt een bloemlezing van (de evolutie in) de rechtspraak van het Hof van Justitie.

§1. De Spijkers-test

5. In het mijlpaalarrest Spijkers²³ heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat voor de overgang van onderneming het beslissende criterium is dat haar identiteit bewaard blijft. Vereist is dat het gaat om "*de vervreemding van een lopend bedrijf, wat met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten*"²⁴. De activiteit van de economische eenheid mag dus niet beperkt zijn tot de uitvoering van een bepaald werk²⁵.

²¹ H.v.J. 13 september 2007, Jouini e.a., C-458.05, <http://curia.europa.eu>, randnr. 25.

²² Artikel 1.1 (b) van de Richtlijn.

²³ H.v.J. 18 maart 1986, Spijkers, nr. 24/85, *Jur.* 1986, 1119.

²⁴ H.v.J. 18 maart 1986, Spijkers, nr. 24/85, *Jur.* 1986, 1119, punten 11 en 12; her-nomen in o.m. H.v.J. 11 maart 1997, Süzen, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt 10;

Om vast te stellen of aan deze voorwaarde is voldaan, moet volgens het Hof van Justitierekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de transactie kenmerken, namelijk (niet exhaustieve, exemplatieve opsomming):

- de aard van de betrokken onderneming of vestiging,
- het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen,
- de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht,
- het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer,
- het al dan niet overdragen van de klantenkring,
- de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen,
- en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten
- voorraden
- ...²⁶.

De factoren opgesomd in deze lijst zijn wel maar deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. De feitelijke beoordeling die noodzakelijk is om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een overgang behoort tot de bevoegdheid van de nationale rechter die daarbij rekening moet houden met voormelde uitleggingsgegevens²⁷.

-
- H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 21; H.v.J. 20 november 2003, *Abler*, nr. C-340/01, *J.T.T.* 2004, 120, punt 29; H.v.J. 15 december 2005, *Güney-Gorres en Demir*, nr. C-232/04 en C-233/04, *Jur.* 2005, I-11.237, punt 31.
- 25 H.v.J. 19 september 1995, *Rygaard*, C-48/94, *Jur.* I-2745, punt 20; hernomen in o.m. H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 25; H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185, punt 23; H.v.J. 15 december 2005, *Güney-Gorres en Demir*, nr. C-232/04 en C-233/04, *Jur.* 2005, I-11.237, punt 32.
- 26 H.v.J. 18 maart 1986, *Spijkers*, nr. 24/85, *Jur.* 1986, 1119, punt 13; hernomen in o.m. H.v.J. 19 mei 1992, *Redmond Stichting*, C-29/91, *Jur.* 1991, I-3289, punt 24; alsook H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt nr. 14; H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 29; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 33; H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185, punt 24; H.v.J. 20 november 2003, *Abler*, nr. C-340/01, *J.T.T.* 2004, 120, punt 33; H.v.J. 15 december 2005, *Güney-Gorres en Demir*, nr. C-232/04 en C-233/04, *Jur.* 2005, I-11.237, punt 33.
- 27 H.v.J. 18 maart 1986, *Spijkers*, nr. 24/85, *Jur.* 1986, 1119, punt 13; hernomen in o.m. H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt nr. 14; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 39; H.v.J. 20 november 2003, *Abler*, nr. C-340/01, *J.T.T.* 2004, 120, punt 34; H.v.J. 15 december 2005, *Güney-Gorres en Demir*, nr. C-232/04 en C-233/04, *Jur.* 2005, I-11.237, punt 34.

§2. Nuancering en verfijning van de Spijkers-test in latere arresten

6. In latere arresten heeft het Hof van Justitie de draagwijdte van de feitelijke omstandigheden opgesomd in de Spijkers-test nader genuanceerd en verfijnd.

A. Behoud van identiteit bij volledige integratie na overname: een onderneming kan niet herleid worden tot haar activiteit, maar ook niet tot haar organisatiestructuur

7. In diverse arresten heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat "*een entiteit niet kan [...] worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt ook uit andere factoren, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen*"²⁸.

Het begrip eenheid/entiteit verwijst naar een georganiseerd geheel van personen en vermogensbestanddelen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend²⁹.

Volgens de rechtsleer heeft het Hof van Justitie hiermee gekozen voor de organisatieleer: het doorslaggevende criterium voor het behoud van identiteit is de continuïteit van de organisatie in zijn geheel³⁰, en niet de continuïteit van de activiteit waarnaar het arrest Schmidt³¹ eerder leek te neigen.

²⁸ H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt 15; hernomen in H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, C-127/96, *Jur.* 1998, I-8179, punt 30; H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 30; H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, C-234/98, *Jur.* 1999, I-8643, punt 27; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 34.

²⁹ H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt 13. Zie ook: H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, nrs. C-127/96, C-229/96 en C-74/97, *Jur.* 1998, I-8237, punt 26; H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 25; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 31; H.v.J. 20 november 2003, *Abler*, nr. C-340/01, *J.T.T.* 2004, 120, punt 30; H.v.J. 15 december 2005, *Güney-Gorres en Demir*, nr. C-232/04 en C-233/04, *Jur.* 2005, I-11.237, punt 32.

³⁰ N. THOELEN, o.c., 16 e.v.; C. BAYART, "Outsourcing en overdracht van onderneming – rechtspraak Hof van Justitie", *Or.* 2002, 11 e.v.; L. PELTZER, *Conventionele overdracht van ondernemingen*, Kluwer, Mechelen, 2007, 62 e.v.

³¹ In het arrest Schmidt van 14 april 1994 (C-392/92, *Jur.* 1994, I, 1311) dat net als *Süzen* werd gevelde in de schoonmaaksector, had het Hof van Justitie geoordeeld dat het voor het behoud van de identiteit van de activiteit niet noodzakelijk is dat er activa worden overgedragen. Het zou volstaan voor het bewaren van de identiteit of dezelfde of soortgelijke activiteiten daadwerkelijk worden voortgezet of hervat.

Het arrest Klarenberg³² toont wel aan dat ook de organisatieleer niet al te strikt mag worden toegepast. Dit arrest had betrekking op een verkrijger die de door hem overgenomen activa volledig in zijn eigen structuur geïntegreerd had. Hij beriep zich op het verdwijnen van de organisatorische structuur na de overgang om te stellen dat de onderneming haar identiteit niet had behouden en er bijgevolg geen overgang van onderneming kon zijn.

Het Hof van Justitie wees er echter op dat niet alleen de organisatie van de onderneming belangrijk is, maar ook de economische activiteit. Het behoud van identiteit moet dus uitgelegd worden met inachtneming van beide elementen. De organisatie van een bepaalde onderneming hoeft na de overdracht niet volledig identiek te zijn aan de organisatie die bestond voor de overdracht. De Richtlijn kan ook toegepast worden in een situatie waarin het overgedragen onderdeel van de onderneming niet als organisatorische eenheid blijft bestaan, mits de functionele band tussen de verschillende overgegangene productiefactoren wordt gehandhaafd en de verkrijger deze kan gebruiken om dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten³³.

Het Hof van Justitie maakt dus ook een ruime toepassing van de organisatieleer. Zelfs indien de activiteit grotendeels wordt geïntegreerd in de organisatie van de overnemer, waardoor het behoud van identiteit toch wel onder druk komt te staan, aanvaardt het Hof dat de identiteit behouden blijft indien de functionele band tussen de overgenomen productiefactoren behouden blijft en de verkrijger deze inzet voor een vergelijkbare economische activiteit. Het toevoegen van een nieuw productengamma aan de portfolio met gespecialiseerd personeel beantwoordt aan deze voorwaarde, en dit wordt bewezen door de verdere terbeschikkingstelling van het personeel van de overdrager gedurende de twee daaropvolgende jaren.

Een situatie waarbij de overgenomen productiefactoren volledig opgaan in de structuur van de overnemer en als het ware verdampt in het grotere geheel, lijkt ons echter niet aan deze omschrijving te beantwoorden en leidt o.i. niet tot toepassing van de Richtlijn.

B. De overname van personeel of activa als noodzakelijke of voldoende voorwaarde voor de toepassing van de Richtlijn: arbeids- en kapitaalsintensieve sectoren

8. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de invulling van het begrip "eenheid", en met name het belang dat hierbij gehecht moet worden aan de diverse elementen in de Spijkers-test, noodzakelijkerwijze verschilt *"naar gelang van de uitgeoefende activiteit, en zelfs van de productiewijze of de bedrijfsvoering"*

³² H.v.J 12 februari 2009, *Klarenberg*, C-466/07, <http://curia.europa.eu/jurispl/>. Voor een uitgebreide bespreking: zie L. MONSEREZ en T. CLAEYS, "Overdracht van onderneming – overzicht van rechtspraak van het Hof van Justitie en de invloed op de Belgische rechtspraak", *Or.* 2009, 233 e.v.

³³ Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi van 6 november 2008 voorafgaand aan het arrest Klarenberg.

*in de betrokken onderneming", of samengevat "naargelang de aard van de onderneming"*³⁴.

Op basis van de uitgeoefende activiteit, en m.a.w. de aard van de onderneming, wordt een onderscheid gemaakt tussen arbeidsintensieve sectoren en kapitaalsintensieve sectoren, in functie van hetgeen centraal is voor de overgedragen eenheid.

1. Arbeidsintensieve sectoren

9. Een arbeidsintensieve sector is een sector *"waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit"*³⁵.

Bijgevolg kan in dergelijke sector *"een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische entiteit [...] vormen"*³⁶.

Inderdaad hoeft dergelijke eenheid niet noodzakelijk *"materiële en immateriële activa van betekenis"* te omvatten. Immers, *"In sommige economische sectoren, [...] is er veelal slechts een minimum aan activa en zijn arbeidskrachten de voornaamste factor. Een georganiseerd geheel van werknemers die speciaal en duurzaam met een gemeenschappelijke taak zijn belast, kan derhalve, wanneer er geen andere productiefactoren zijn, als economische eenheid worden aangemerkt"*³⁷.

Een dergelijke entiteit, zo oordeelt het Hof van Justitie, kan haar identiteit na de overdracht 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"*³⁸.

³⁴ H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt 18; H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, nrs. C-127/96, C-229/96 en C-74/97, *Jur.* 1998, I-8237, punt 31. H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 31; H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, C-234/98, *Jur.* 1999, I-8643, punt 28; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 35; H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185, punt 25.

³⁵ H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt 21.

³⁶ H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt 21.

³⁷ H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 EN C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 25 en quasi identiek maar enkel m.b.t. schoonmaaksector: H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, nrs. C-127/96, C-229/96 en C-74/97, *Jur.* 1998, I-8237, punt 27. H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185, punt 26.

³⁸ H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punten 21 en 22; H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, C-127/96, C-229/96 en C-74/97, *Jur.* 1998, I-

Daarentegen kan in dergelijke arbeidsintensieve sector, waarin "een economische entiteit[...] zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, het behoud van de identiteit [...] per definitie niet afhangen van de overdracht van dergelijke activa."³⁹

Het Hof heeft volgende activiteiten reeds als hoofdzakelijk arbeidsintensief beschouwd:

- de *schoonmaaksector*: de arresten *Süzen*, (schoonmakers ontslagen na verlies van een schoonmaakopdracht aan een concurrent), *Hernandez Vidal*⁴⁰ (schoonmakers ontslagen na de insourcing van de schoonmaakactiviteiten door de opdrachtgever die hen niet wou overnemen), en *Temco*⁴¹ (schoonmakers ontslagen na verlies van schoonmaakopdracht aan concurrent die vervolgens 75 % van de werknemers overnam op basis van een sectorale CAO, maar geen activa).
- het verrichten van *thuishulp aan hulpbehoevenden* en het *bewaken van een depot*: de gevoegde zaken *Sanchez Hidalgo* en *Ziemann*⁴².
- *uitzendarbeid*: in het arrest *Jouini*⁴³ heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het autonome geheel van werknemers die met de bedrijfsvoering belast is, de uitzendkrachten en de know-how een eigen doel kan nastreven, namelijk de terbeschikkingstelling van uitzendkrachten aan gebruikers tegen betaling. Dit autonome geheel kan op zichzelf een economische eenheid vormen, die operationeel functioneert zonder inschakeling van andere belangrijke bedrijfsmiddelen.

Het Hof van Justitie liet het in al deze arresten over aan de nationale rechter om aan de hand van de door het Hof geschetste principes op basis van de feitelijke omstandigheden te beoordelen of er al dan niet sprake was van een economische eenheid⁴⁴ en van een overgang van deze eenheid met behoud van identiteit⁴⁵.

8237, punt 32; H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, C-234/98, *Jur.* 1999, I-8643, punt 29; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 38; H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185, punt 26.

39 H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen, l.c.*, punt 18; H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, C-127/96, C-229/96 en C-74/97, *Jur.* 1998, I-8237, punt 31; H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237, punt 31; H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, C-234/98, *Jur.* 1999, I-8643, punt 28; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 37; H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185, punt 25.

40 H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, C-127/96, C-229/96 en C-74/97, *Jur.* 1998, I-8237.

41 H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185

42 H.v.J. 10 december 1998, *Sanchez Hidalgo en Ziemann*, C-173/96 en C-247/96, *Jur.* 1998, I-8237.

43 H.v.J. 13 september 2007, *Jouini e.a.*, C-458.05, <http://curia.europa.eu>

44 In het arrest *Temco* oordeelde het Hof van Justitie wel uitdrukkelijk dat er in elk geval sprake was van een economische eenheid, aangezien de overnemer een deel van het personeel had overgenomen. Het feit dat hij het personeel had overgenomen omdat hij hiertoe verplicht was door een sectorale CAO, kon hieraan geen

2. Kapitaalsintensieve sectoren

10. Een kapitaalsintensieve sector is een sector waarvan de activiteit "niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist"⁴⁶.

Het Hof van Justitie heeft zich in twee zaken gebogen over kapitaalsintensieve sectoren, met name inzake busvervoer en mijnbouw.

In de zaak *Oy Liikenne*⁴⁷ sprak het Hof van Justitie zich uit over een streekbuslijn die na een aanbesteding werd overgenomen door een concurrent. De concurrent nam een belangrijk deel van het personeel over, evenals de klantenkring (die geen andere keuze had), maar geen enkele bus of enig ander actief.

Het Hof van Justitie bestempelde het busvervoer eerst uitdrukkelijk als kapitaalsintensief.⁴⁸ Voorts oordeelde het Hof: *"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."*⁴⁹

De zaak *Allen*⁵⁰ betrof een Britse vennootschap ACC die mijnschachten boorde voor rekening van de eigenaars/exploitanten van steenkoolmijnen en een aantal booropdrachten uitbesteedde aan haar zustervenootschap AMS. Er gingen geen activa over tussen ACC en AMS. Wel ontsloeg ACC de werknemers die op deze opdrachten waren ingezet, en nam AMS deze werknemers vervolgens weer in dienst, evenwel aan ongunstigere arbeidsvoorwaarden.

Het Hof van Justitie bestempelde het boren van mijnschachten uitdrukkelijk als kapitaalsintensief⁵¹.

Het Hof van Justitie leidde uit de niet-overgang van activa tussen ACC en AMS echter niet af dat er geen overgang was van onderneming was geweest (in tegenstelling tot wat het Hof later wel zou doen in het hoger vermeld arrest *Oy Liikenne*).

afbreuk doen (H.v.J. 24 januari 2002, *Temco*, nr. C-51/00, *J.T.T.* 2002, afl. 826, 185, punt 27).

45 H.v.J. 11 maart 1997, *Süzen*, C-13/95, *Jur.* 1997, I-1259, punt 22; H.v.J. 10 december 1998, *Hernandez Vidal*, C-127/96, C-229/96 en C-74/97, *Jur.* 1998, I-8237, punten 28 en 34.

46 H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, C-234/98, *Jur.* 1999, I-8643, punt 30; H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 39.

47 H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 39.

48 H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 39.

49 H.v.J. 25 januari 2001, *Oy Liikenne*, C-172/99, *Jur.* 2001, I-745, punt 42.

50 H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, C-234/98, *Jur.* 1999, I-8643

51 H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, C-234/98, *Jur.* 1999, I-8643, punt 30.

Het Hof heeft in dit arrest duidelijk bevestigd dat de overgang van de voor een kapitaalsintensieve activiteit essentiële productiefactoren (in dit geval het materiaal en de installaties voor het boren van de mijnschachten) een *noodzakelijke* voorwaarde is opdat sprake kan zijn van overgang van onderneming. Hieraan voegde het Hof toe dat het feit dat deze essentiële productiefactor(en) niet door de vervreemder maar door een derde (meestal de opdrachtgever) ter beschikking worden gesteld van de exploitant, alvast de overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn niet uitsluit. Of de ter beschikkingstelling van de materialen en installaties voor de boorwerkzaamheden (volgens het Hof in deze zaak toch de voornaamste productiefactor in de mijnbouw) door de opdrachtgever niet alleen noodzakelijk maar tevens *voldoende* was opdat een overgang van onderneming plaatsvond, kan uit het arrest niet letterlijk maar hoogstens impliciet afgeleid worden.

Aldus lijkt dit arrest ons een opstapje naar het latere *Abler* arrest, waarin deze (verregaande) conclusie door het Hof expliciet leek te worden getrokken.

§3. Onzekerheid als gevolg van het arrest Sodexho - Abler (20 november 2003)

A. Achtergrond van de zaak en beslissing van het Hof van Justitie

11. Het arrest *Abler*⁵² wijkt o.i. niet zozeer af van de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie, maar trekt de conclusie wat betreft kapitaalsintensieve sectoren tot het uiterste door.

Het arrest had betrekking op twee cateraars (Sanrest en Sodexho) die elkaar opvolgden in het kader van een cateringcontract met een ziekenhuis, nl. de uitbating van de keuken en de cafetaria voor patiënten en personeel. Beide cateraars waren verplicht de maaltijden te bereiden in de keuken van het ziekenhuis, dat naast de keuken en haar uitrusting, ook gratis gas, water en elektriciteit ter beschikking stelde. Sodexho nam noch materiaal, noch voorraden, noch personeel, noch know-how (planning, menu's, en recepten) over van Sanrest. De wijziging van dienstverlener werd ingegeven door een probleem van kwaliteit van de aangeboden maaltijden in het restaurant, en er was een onderbreking van twee maanden.

In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest kwam advocaat-generaal Geelhoed tot de conclusie dat er in dit geval geen sprake was van een overgang van onderneming⁵³.

Het Hof van Justitie is dit standpunt van de advocaat-generaal evenwel niet gevolgd. Vooreerst stelde het Hof van Justitie dat catering een kapitaalsintensieve activiteit is⁵⁴. Voorts overwoog het Hof:

⁵² H.v.J. 20 november 2003, *Abler*, nr. C-340/01, *J.T.T.* 2004, 120.

⁵³ Conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van 19 juni 2003.

"36. [...] In het hoofdgeding werden [...] de voor de betrokken activiteit benodigde materiële activa, zoals ruimten, water, energie alsook de kleine en grote keukenuitrusting (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.

Finaal luidde het oordeel van het Hof van Justitie dat de Richtlijn van toepassing is op situaties waarin een opdrachtgever een cateringovereenkomst opzegt en aan een nieuwe dienstverlener toekent, *"wanneer deze tweede dienstverlener gebruik maakt van essentiële materiële activa die voorheen door de eerste ondernemer werden gebruikt en door de opdrachtgever achtereenvolgens aan elk van beiden ter beschikking werden gesteld"*.

B. Verhouding t.a.v. eerdere Europese rechtspraak

12. Opmerkelijk en baanbrekend in het arrest Abler was dat het Hof van Justitie het feit dat beide dienstverleners dezelfde activa gebruikten die door de opdrachtgever ter beschikking waren gesteld, als *voldoende voorwaarde* aanmerkte voor het behoud van de identiteit van de overgenomen activiteit⁵⁵.

Deze conclusie werd door sommigen reeds impliciet afgeleid uit eerdere arresten zoals hoger genoemde zaak Allen⁵⁶, maar ze stond er niet met zoveel woorden in.

C. Gevolgen en toepassing van Abler in de Belgische rechtspraak

13. Het arrest Abler werd in de Belgische rechtsleer kritisch onthaald.

De rechtsleer bestempelde dit arrest als op zijn minst verwarrend, en merkte op dat het de toepasselijkheid van de Richtlijn minder voorspelbaar maakte⁵⁷.

⁵⁴ H.v.J. 20 november 2003, *Abler*, nr. C-340/01, *J.T.T.* 2004, 120, punt 36.

⁵⁵ Voor een zeer uitgebreide bespreking van het arrest Abler: zie M. SIMON, "Nieuwe onzekerheden over het toepassingsgebied van de Richtlijn", *Or.* 2005, 20 e.v.

⁵⁶ H.v.J. 2 december 1999, *Allen*, nr. C-234/98; *Jur.* 1999, I-8643, punt 30.

⁵⁷ THOELLEN, N., *l.c.*, 22, randnummer 35; M. SIMON, *l.c.*, 22. Zie ook I. VAN TILBORGH, "Het Sodexho-arrest: een verregaande interpretatie van het Europees Hof van Justitiebetreffende overdracht van onderneming", A.T.O., Kluwer, nr. 178

Er kon terecht voor gevreesd worden dat de Abler doctrine zou leiden tot een (al te) extensieve toepassing van de Richtlijn. In kapitaalsintensieve sectoren zou de Richtlijn telkens en haast automatisch toepasselijk zijn indien de voor de activiteit essentiële productiefactoren verder door de opdrachtgever aan de nieuwe exploitant ter beschikking werden gesteld. Voor het Hof was dit immers een voldoende voorwaarde om tot overgang van onderneming te besluiten.

Deze benadering staat of valt met het onderscheid tussen arbeids- en kapitaalsintensieve activiteiten. Een onderscheid dat niet steeds makkelijk te maken en in werkelijkheid vaak kunstmatig is nu voor vele activiteiten zowel het personeel als bepaalde materiële activa essentieel zijn voor de exploitatie. De Abler doctrine gaat enkel op voor zuiver kapitaalsintensieve activiteiten, waar de materiële productiefactor(en) van dusdanig belang zijn dat de activiteit er haast mee samenvalt en het ingezette personeel bijkomstig is. Bij de mijnbouw kan men zich hier iets bij voorstellen, zoals in het arrest Allen. Het lijkt evenwel niet echt objectief verantwoord om dit wel toe te passen op een aannemer die komt koken in de lokalen van zijn opdrachtgever (catering) maar niet op een aannemer die dezelfde lokalen komt schoonmaken (schoonmaak).

Het Hof geeft in het arrest Abler trouwens impliciet zelf reeds aan dat het onderscheid tussen arbeids- en kapitaalsintensieve sectoren niet zwart-wit is. In de hiervoor geciteerde considerans voegde het Hof na de vaststelling dat de overname van de activa voldoende was voor toepassing van de Richtlijn onmiddellijk toe dat trouwens ook onvermijdelijk de klantenkring wordt overgenomen. Het Hof voegde daarmee zelf al een bijkomend feitelijk element toe, en nuanceerde daardoor zelf het gemaakte onderscheid.

Uit de Belgische rechtspraak van de laatste jaren blijkt evenwel dat het begrip overgang van onderneming ongenuanceerd extensief geïnterpreteerd wordt sinds het arrest Abler.

Met name de Brusselse arbeidsgerechten hebben zich meermaals moeten buigen over de overgang van de uitbating van een bedrijfsrestaurant van de ene op de andere cateraar. Met verwijzing naar het arrest Abler oordeelden zij telkens dat er sprake was van een overgang van onderneming indien twee opeenvolgende cateraars hun opdracht uitoefenden in dezelfde bedrijfslokalen (bedrijfskeuken van de opdrachtgever), met dezelfde uitrusting (keukenmateriaal van de opdrachtgever), en noodzakelijkerwijze overname van dezelfde klantenkring (de werknemers van de opdrachtgever)⁵⁸.

⁵⁸ Arbh. Brussel 1 februari 2010 (eindarrest) en 30 juni 2009 (tussenarrest), A.R. 50.999, *onuitg.*, na hoger beroep tegen Arbrb. Brussel 13 november 2007, A.R. 12326/06; Arbh. Brussel 20 oktober 2008, A.R. 50.053, *J.T.T.* 2009, 138, na hoger beroep tegen Arbrb. Brussel 6 april 2007; Arbrb. Brussel 23 januari 2009, A.R. 13587/07-4251/08, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 13 januari 2009, A.R. 17414/07, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 21 oktober 2004, *J.T.T.* 2005, 218; zie ook Arbrb. Dendermonde (afd. Aalst), 18 september 2006, A.R. 51.676+ 53.806, *onuitg.*; Advies van het Openbaar Ministerie van 11 juni 2008, A.R. 292/06, *onuitg.*

De Abler-doctrine werd zelfs toegepast in het geval waarin de opdrachtgever zijn exploitatiezetel verhuisde naar een ander adres en naar aanleiding van deze verhuis een nieuwe cateraar aantrok. De nieuwe cateraar begon zijn cateringactiviteiten uit te oefenen op de nieuwe locatie terwijl de oude cateraar nog enkele weken werkte op de oude locatie. De bedrijfsmiddelen die ter beschikking gesteld werden van de nieuwe cateraar waren voorheen dus nooit ter beschikking gesteld van zijn voorganger. Toch oordeelde de Arbeidsrechtbank van Brussel dat er sprake was van een overgang van onderneming⁵⁹.

Er zijn ons geen Belgische vonnissen of arresten bekend die de Abler-doctrine toepassen buiten de cateringsector.

***§4. De zaak Securicor (15 december 2005)*⁶⁰**

A. Achtergrond

14. Twee dienstverleners (Securicor en Kötter) volgden elkaar op voor een beveiligingsopdracht op de luchthaven van Düsseldorf. De aanbesteder – de Duitse staat – stelde de beveiligingsapparatuur ter beschikking die noodzakelijk was voor de controles (detectiepoorten, een bagageband met röntgencontrole, opsporingsapparatuur voor explosieven, enz.) en stond ook in voor het onderhoud ervan. De werknemers moesten een bijzondere opleiding volgen van minimum 4 weken en een examen voor luchtvaartbeveiligingsassistent afleggen.

Volgens de Duitse rechter hing het bestaan van een overgang van onderneming af van de eventuele overgang van bedrijfsmiddelen, nl. de luchtbeveiligingsapparatuur, waarbij vaststond dat beide dienstverleners dezelfde bedrijfsmiddelen gebruikten, die door de opdrachtgever ter beschikking waren gesteld.

De rechter vroeg of deze omstandigheid volstond om aan te nemen dat er sprake was van een overgang van onderneming, zoals in het arrest Abler. Hierbij vroeg hij in het bijzonder of als voorwaarde voor de overgang van de bedrijfsmiddelen gesteld mag worden dat deze gebeurt "*voor gebruik voor eigen rekening*", waarbij de opdrachtnemer naar eigen bedrijfseconomische inzichten over de gebruikswijze van de bedrijfsmiddelen mag beschikken⁶¹.

⁵⁹ Arbh. Brussel 1 maart 2010, A.R. 51.244 en A.R. 51.245, *onuitg.* na hoger beroep tegen Arbrb. Brussel 21 december 2007, A.R. 13120/05 en A.R. 13.119/05.

⁶⁰ H.v.J. 15 december 2005, *Güney-Görres en Demir (Securicor)*, nr. C-232/04 en C-233/04; *J.T.T.* 2006, 129.

⁶¹ Conclusie van advocaat-generaal M. Pöiares Maduro van 16 juni 2005 bij het latere arrest Securicor, punt 10.

B. Beslissing van het Hof van Justitie: toepassing van de Richtlijn op een gemengd arbeids- en kapitaalsintensieve activiteit

15. Het Hof van Justitie volgde de conclusie van de advocaat-generaal in deze zaak⁶² andermaal niet (helemaal), en besliste dat *"bij het onderzoek of er sprake is van een overgang van onderneming [...], in het geval van gunning van een nieuwe opdracht en gelet op alle feiten, de vaststelling van de overgang van de bedrijfsmiddelen voor gebruik voor eigen rekening geen noodzakelijke voorwaarde [...] voor de vaststelling van een overgang van deze middelen van de oorspronkelijke opdrachtnemer op de nieuwe opdrachtnemer.[...]"*.

Het Hof van Justitie verwijst weliswaar naar het arrest Abler, maar lijkt op een ietwat verdoken manier dit arrest te herformuleren.

In het arrest Abler oordeelde het Hof immers nog dat de terbeschikkingstelling door de opdrachtgever van de materiële activa aan de opeenvolgende dienstverleners een *voldoende* voorwaarde was voor een overgang van onderneming tussen deze dienstverleners.

In het arrest Securicor stelt het Hof daarentegen dat de niet-overgang van materiële activa niet noodzakelijk betekent dat er geen overgang van onderneming is. Het Hof doet ook uitschijnen dat het arrest Abler hetzelfde standpunt bevatte, wat o.i. niet zo was.

Het verschil tussen beide arresten kan in de eerste plaats verklaard worden door hun verschillende uitgangspunt. In het arrest Abler ging het Hof er blijkbaar vanuit dat de cateringactiviteit zuiver kapitaalsintensief is, en samenvalt met de voor de operatie essentiële productiefactoren. In het arrest Securicor neemt het Hof dit uitgangspunt niet in deze extreme mate in. Zonder dit expliciet te vermelden houdt het Hof blijkbaar rekening met het door de advocaat-generaal vastgestelde feit dat de controleactiviteit op de luchthaven een eerder gemengd karakter heeft waarvoor zowel bepaalde activa als personeel essentieel zijn.

Vanuit deze feitelijke context en kwalificatie van de activiteit, kan verklaard worden dat voor een zuiver kapitaalsintensieve activiteit het Hof de overname van de activa voldoende achtte (Abler), maar niet voor een gemengde activiteit waarvoor naast de activa ook het personeel in aanmerking moet worden genomen om beoordelen of de activiteit haar identiteit heeft behouden (Securicor). In die zin ligt het arrest Securicor in het verlengde van Abler, zoals ook in de rechtsleer reeds werd geopperd⁶³. In het arrest Securicor bevestigt het Hof o.i. dat in eerste instantie moet nagegaan worden welke de voor een activiteit essentiële en karakteristieke productiefactoren zijn. Eens deze productiefactoren opgelijst, moet door de nationale rechter aan de hand van de feitelijke context beoordeeld worden of deze productiefactoren na overname behouden zijn ge-

⁶² Conclusie Securicor, punt 9.

⁶³ N. THOELÉN, *o.c.*, 22, randnummer 35.

bleven. Enkel indien dit het geval is, is sprake van behoud van identiteit en overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn.

Voorts is het wel frappant dat het Hof van Justitie in het arrest Securicor de inhoud van het Abler arrest *a posteriori* herformuleert, in plaats van het onderscheid met Abler louter te baseren op het onderscheid in de activiteiten. Dit doet vermoeden dat het Hof zich gerealiseerd heeft dat de realiteit complexer en genuanceerder is dan het Abler arrest doet uitschijnen, en zich niet zomaar laat opsluiten in het onderscheid arbeidsintensief versus kapitaalsintensief. Door een andere interpretatie te geven aan het Abler arrest, nuanceert het Hof de mogelijkheid om dit onderscheid op alle sectoren toe te passen.

Of het arrest Securicor ook betekent dat het Hof de kwalificatie van de catering activiteiten als zuiver kapitaalsintensief overboord gooit is niet duidelijk. Alhoewel dit, omwille van hoger genoemde kritiek, mag gehoopt worden, is dit geenszins evident. Indien het Hof van oordeel blijft dat catering zuiver kapitaalsintensief is, en de materiële productiefactoren doorslaggevend zijn voor de activiteit, kan zij ook na het arrest Securicor nog oordelen dat de verdere terbeschikkingstelling van deze productiemiddelen door de opdrachtgever voldoende is om in de cateringsector te besluiten tot behoud van identiteit.

Dat het arrest Securicor een radicale breuk zou betekenen met de Abler doctrine lijkt ons dan ook een al te verregaande conclusie. De vraag is veeleer of het Hof kan blijven staande houden dat de catering activiteit, net zoals geregeld busvervoer en mijnbouw, een louter kapitaalsintensieve activiteit is, terwijl een vergelijkbare activiteit als schoonmaak en bewaking genuanceerder bekeken wordt en als een eerder arbeidsintensieve (of minstens gemengde) activiteit.

Het grootste deel van de gepubliceerde (en ons bekende ongepubliceerde) Belgische rechtspraak die dateert van na het arrest Securicor, verwijst bij de beoordeling van de overgang van onderneming in de cateringsector nog steeds naar het arrest Abler zonder acht te slaan op het arrest Securicor⁶⁴. De twee enige vonnissen die wel verwijzen naar het arrest Securicor beperken er zich toe om zonder verdere nuancering te stellen dat dit het arrest Abler "bevestigt"⁶⁵. Het wordt evenwel tijd om, net als het Hof van Justitie gedaan heeft in Securicor voor de bewakingsactiviteiten, na te gaan of ook voor catering de personeelsfactor toch niet haar belang heeft, en de activiteit een eerder gemengd karakter vertoont.

⁶⁴ Arbh. Brussel 20 oktober 2008, A.R. 50.053 en A.R. 50.054, *J.T.T.* 2009, 138, na hoger beroep tegen Arbrb. Brussel 6 april 2007, A.R. 06593/05 en A.R. 06594/05; Arbrb Brussel 23 januari 2009, A.R. 13587/07-4251/08, *onuitg.*; Arbrb Brussel 13 januari 2009, A.R. 17414/07, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 21 december 2007, A.R. 13120/05 en A.R. 13.119/05; Arbrb. Brussel 21 oktober 2004, *J.T.T.* 2005, 218; Arbrb. Dendermonde (afd. Aalst), 18 september 2006, A.R. 51.676+ 53.806, *onuitg.*; Advies van het Openbaar Ministerie van 11 juni 2008, A.R. 292/06, *onuitg.*

⁶⁵ Arbrb Brussel 13 januari 2009, A.R. 17414/07, *onuitg.*; Arbrb. Brussel 13 november 2007, A.R. 12326/06, *onuitg.*

§5. De zaak UGT – FSP (29 juli 2010)

A. Achtergrond van de zaak⁶⁶

16. Een Spaanse gemeente besloot om bepaalde schoonmaak-, onderhouds- en conciërgediensten van openbare schoolgebouwen, straten en parken die zij toevertrouwd had aan 4 particuliere geconcessioneerde ondernemingen terug in eigen beheer te gaan uitvoeren (insourcing). Zij nam hierbij het voltallige personeel over dat op deze opdrachten was ingezet.

Om haar standpunt te verdedigen dat er geen overgang van onderneming was, stelde de Spaanse regering dat hoewel het personeel een belangrijke rol speelde bij de uitvoering van deze diensten, het materiële element waarop deze diensten gebaseerd waren niet uit het oog mocht worden verloren, m.n. het feit dat de schoolgebouwen, straten en parken reeds aan de gemeente toebehoorden vóór de insourcing en er dus geen overgang had plaatsgevonden van belangrijke materiële activa tussen de geconcessioneerde ondernemingen en de gemeente.

B. Beslissing van het Hof van Justitie: niet eigendomsrecht maar voortgezet gebruik activa relevant

17. Het Hof van Justitie oordeelde, met verwijzing naar de klassieke overwegingen hierboven aangehaald inzake arbeidsintensieve sectoren, dat het eigendomsrecht van de materiële activa (schoolgebouwen, straten, openbare parken) irrelevant is bij de beoordeling is een overgang van onderneming als lopend bedrijf heeft plaats gehad. Wat telt is het *daadwerkelijk voortgezet gebruik* voor schoonmaak en onderhoud van deze activa⁶⁷.

Uit dit arrest blijkt duidelijk dat, minstens in arbeidsintensieve sectoren, enkel de bedrijfsmiddelen die voor het verrichten van de diensten worden gebruikt in aanmerking komen als over te dragen materiële activa, maar niet de door de opdrachtgever noodzakelijk ter beschikking gestelde lokalen of locaties, die immers het voorwerp zijn van de diensten.

Zelfs indien de Abler-doctrine ten aanzien van kapitaalsintensieve sectoren gehandhaafd zou worden, niettegenstaande het arrest Securicor, lijkt met dit arrest het gevaar geweken te zijn dat deze doctrine ook uitgebreid wordt naar hoofdzakelijk arbeidsintensieve sectoren (zoals de schoonmaak).

⁶⁶ H.v.J. 29 juli 2010, *UGT-FSP*, nr. C-151/09, <http://curia.europa.eu/jurisp>

⁶⁷ H.v.J. 29 juli 2010, *UGT-FSP*, *l.c.*, punten 31 en 32.

§6. De zaak CLECE (20 januari 2011)

A. Achtergrond

18. Het Hof van Justitie heeft zich tenslotte in het arrest CLECE⁶⁸ recent op-nieuw uitgesproken over de toepasselijkheid van de Richtlijn in een geval van insourcing in de schoonmaaksector. De feiten in deze zaak zijn vergelijkbaar aan die in de arresten Hernandez Vidal en UGT-FSP. Een gemeentebestuur gaat over tot insourcing van een schoonmaakopdracht die voorheen door een particuliere onderneming werd vervuld, en zorgt voortaan zelf voor de schoonmaak met eigen, volledig nieuw aangeworven personeel.

B. Beslissing van het Hof van Justitie: overname van een wezenlijk deel als noodzakelijke voorwaarde in arbeidsintensieve sectoren (zoals schoonmaak)

19. In zijn conclusie van 26 oktober 2010⁶⁹ argumenteert advocaat-generaal V. Trstenjak dat de Richtlijn niet van toepassing is op deze situatie, wanneer de gemeente niet een naar aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel overneemt dat ook de particuliere onderneming bij deze arbeid voorheen had ingezet. Dit is een bevestiging van de eerdere rechtspraak van het Hof in de zaken Süzen, Hernandez Vidal, en Temco.

Het Hof volgde deze conclusie, en besliste als volgt:

"De omstandigheid alleen dat de door CLECE en door (de overnemer) uitgeoefende activiteit overeenkomst of zelfs identiek is, wettigt niet de conclusie dat een economische eenheid haar identiteit behoudt. Een eenheid kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit blijkt uit een onverbreekelijke veelheid aan elementen, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen. In het bijzonder kan de identiteit van een economische eenheid als in het hoofdgeding, die in wezen op handenarbeid berust, niet worden behouden indien de verkrijger niet het wezenlijke deel van het personeel overneemt (...) Onverminderd de eventuele toepasselijkheid van nationale beschermingsmaatregelen kan bijgevolg niet worden gesproken van overgang in de zin van (de Richtlijn) alleen op grond van het gegeven dat in het hoofdgeding (de overnemer) de voorheen aan CLECE opgedragen schoonmaakactiviteiten heeft overgenomen." (randnrs. 41 en 42).

Met dit arrest komt de evolutie van de rechtspraak van het Hof van Justitie tot een (voorlopig) hoogtepunt. De rechtspractici zullen wellicht opgelucht vaststellen dat hiermee voor kapitaalsintensieve sectoren (waartoe het Hof de schoonmaak blijft rekenen in tegenstelling tot catering), de Abler doctrine niet

⁶⁸ H.v.J. 20 januari 2011, CLECE SA, nr. C-C-463/09, <http://curia.europa.eu/juris>

⁶⁹ Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak dd. 26 oktober 2010 bij het toekomstige arrest CLECE, C-463/09, <http://curia.europa.eu/juris>

wordt doorgetrokken. Voor dergelijke sector die in wezen op handenarbeid berust, is de overname van een wezenlijk deel van het in de activiteit tewerkgestelde personeel een noodzakelijke (en voldoende) voorwaarde opdat sprake zou zijn van overgang van een economische eenheid als lopend bedrijf.

V. Nationale beschermingsmaatregelen

20. Het arrest CLECE bevat nog een andere interessante passage.

In een aantal sectoren waarin openvolging van dienstverleners algemeen gangbaar is, werden in België sectorale collectieve arbeidsovereenkomsten gesloten die de rechten van werknemers waarborgen en die voorzien in een verplichte overname van (een gedeelte van) het personeel. Deze verplichting tot overname is vaak gekoppeld aan een informatieplicht in hoofde van de vorige dienstverlener met betrekking tot het tewerkgestelde personeel en hun arbeidsvoorwaarden.

De meest bekende sectoren waar dergelijke CAO's bestaan zijn:

- *Horeca* (paritair comité nr.302): CAO van 3 december 2002⁷⁰, die de CAO van 25 juni 1997 verving vanaf 1 december 2002.
- *Schoonmaak* (paritair comité nr. 121): CAO van 12 mei 2003⁷¹, zoals gewijzigd door de CAO van 9 augustus 2005, de CAO van 24 november 2005, de CAO van 3 mei 2007 en de CAO van 11 juni 2009

Deze CAO voorziet in een bijzondere bescherming voor de werknemers indien hun werkgever, een schoonmaakbedrijf, zijn onderhoudscontract verliest aan een concurrent. Deze beschermingsregeling is van toepassing, ongeacht of de openvolging van de schoonmaakbedrijven gekwalificeerd wordt als overgang van onderneming conform de Richtlijn en de nationale CAO 32bis. Dit zal tot gevolg hebben dat ook wanneer de nieuwe schoonmaak onderneming die het contract in de wacht sleept geen personeel overneemt, en op basis hiervan ontsnapt aan de toepassing van de richtlijn en CAO 32bis, toch verplicht zal worden personeel over te nemen op basis van de sectorale CAO. Deze CAO is immers reeds van toepassing van zodra "*ondernemingen ressorterend onder het paritair comité voor de schoonmaak elkaar opvolgen in geval van wijziging van leverancier voor een onderhoudscontract*" (art. 1 CAO).

⁷⁰ Arb. Brussel, 20 oktober 2008, AR nr. 50.053, *onuitg.*, waarin het Hof besloot tot niet-toepasselijkheid van deze sectorale CAO omdat deze niet algemeen verbindend werd verklaard en de betrokken onderneming niet was aangesloten bij de ondertekenende werkgeversfederatie. De in de Cao voorziene forfaitaire schadevergoeding van 6 maanden loon werd dan ook niet toegekend.

⁷¹ Sectorale collectieve arbeidsovereenkomst van 12 mei 2003 - Personeelsovername ten gevolge van een overdracht van een onderhoudscontract, K.B. 19 juli 2006, *B.S.* 1 september 2006; deze CAO vervangt de CAO van 15 juni 2001, die op haar beurt de CAO van 5 mei 1993 vervangt, waarnaar verwezen werd in het Temco-arrest (cfr supra).

- *Bewakingsdiensten* (paritair comité nr. 317): diverse CAO's, waaronder de CAO van 8 november 2005.

Vaak is de loutere wijziging van dienstverlener voldoende opdat de CAO van toepassing is, ongeacht de overgang van een eenheid als lopend bedrijf. Het toepassingsgebied van deze sectorale CAO's is dan ook soms ruimer dan de Richtlijn of CAO 32bis.

In het arrest CLECE heeft het Hof ondubbelzinnig herhaald dat de Richtlijn geldt "*onverminderd de eventuele toepasselijkheid van nationale beschermingsmaatregelen*". Nationale regelingen die de rechten van de werknemers ruimer beschermen dan de Richtlijn of CAO 32bis blijven o.i. dan ook onverkort van toepassing. Het staat de nationale wetgever inderdaad vrij om naast de vereisten van de Richtlijn aanvullende interne bepalingen vast te stellen of CAO's te bevorderen die de werknemer vollediger beschermen⁷². De Richtlijn streeft immers slechts gedeeltelijke harmonisatie na die geen uniform beschermingsniveau in het leven roept voor de hele Europese Unie op basis van gemeenschappelijke criteria. Met deze sectorale CAO's moet dus wel nog altijd rekening gehouden worden wanneer twee dienstverleners binnen de betrokken sector elkaar opvolgen, ook al is er dan geen sprake van een overgang van onderneming.

Vermits deze sectorale CAO's meestal enkel toepassing vinden bij opvolging tussen twee ondernemingen die ressorteren onder het paritair comité van de betrokken sector, zal zij niet van toepassing zijn wanneer een onderneming die behoort tot een ander paritair comité de activiteit via insourcing zelf verricht. In dat geval gelden enkel de Richtlijn en CAO 32bis.

VI. Besluit

21. Uit het hiervoor besproken overzicht van rechtspraak van het Hof van Justitie kunnen volgende conclusies afgeleid worden:

§1. Belang van de werknemers primeert, maar niet altijd?

22. Het Hof lijkt in essentie vooral oog te hebben voor het belang van de werknemers, en past om deze reden de Richtlijn zeer ruim toe. Met arrest

⁷² Artikel 8 van de Richtlijn: "*Deze richtlijn doet geen afbreuk aan de bevoegdheid van de lidstaten om wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers of om de toepassing van collectieve overeenkomsten of tussen de sociale partners gesloten akkoorden te bevorderen of mogelijk te maken die gunstiger zijn voor de werknemers*"; zie ook: H.v.J. 11 juli 1985, *Foreningen af Arbejdsledere i Danmark*, C-105/84, *Jur.*, I-2639, punt 26; H.v.J. 6 november 2003, *Martin e.a.*, C 4/01, *Jur.*, I-12859, punt 41 en H.v.J., 27 november 2008, *Juuri*, C-396/07, *Jur.*, I- 8883, punt 23; Conclusie van advocaat-generaal V. Trstenjak dd. 26 oktober 2010 bij het toekomstige arrest CLECE, C-463/09, <http://curia.europa.eu/jurisp>

CLECE van 20 januari 2010 heeft zij deze tendens nochtans afgezwakt, door voor arbeidsintensieve sectoren duidelijk te beslissen dat bij gebreke aan overname van een wezenlijk deel van het personeel geen sprake is van overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt.

§2. Onderscheid kapitaalsintensief en arbeidsintensief blijft cruciaal, maar vaak arbitrair

23. De cruciale vraag blijft of een activiteit arbeidsintensief, kapitaalsintensief, of gemend is. Deze beoordeling moet door de nationale rechter gemaakt worden, rekening houdend met de richtlijnen die het Hof in haar arresten reeds heeft gegeven. Volgens het Hof is catering hoofdzakelijk kapitaalsintensief (*Abler*), schoonmaak hoofdzakelijk arbeidsintensief (*CLECE*), en bewaking eerder gemengd (*Securicor*).

Met het arrest *Abler* gaf het Hof van Justitie de indruk dat er te allen tijde een duidelijk onderscheid gemaakt kon worden tussen enerzijds zuiver kapitaalsintensieve sectoren, waarin de overgang van materiële activa noodzakelijk en voldoende was voor de overgang van onderneming, en anderzijds zuiver arbeidsintensieve sectoren, waarin de overgang van personeel noodzakelijk en voldoende was om aanleiding te geven tot een overgang van onderneming.

Het Hof lijkt met het arrest *Securicor* echter op haar stappen te zijn teruggekomen. Het Hof heeft in dit arrest immers *a posteriori* het arrest *Abler* geherformuleerd, door met verwijzing naar dit arrest *Abler* te stellen dat er een overgang van onderneming *kan* zijn, en dus *niet noodzakelijk* is, indien de overgedragen materiële activa door de opdrachtgever ter beschikking worden gesteld van de opeenvolgende dienstverleners. Dit standpunt werd ook reeds door het Hof gehuldigd in het arrest *Allen* van 2 december 1999.

Welke motieven zou het Hof van Justitie hebben gehad om op deze manier terug te komen op het arrest *Abler*?

Een eerste mogelijkheid is dat het Hof in het arrest *Securicor* heeft ingezien dat de economische realiteit in heel wat sectoren complex is en zich niet laat vatten in deze simpele tweedeling arbeidsintensief vs. kapitaalsintensief.

In de zaak *Securicor* moest het Hof zich immers buigen over een activiteit die zowel arbeids- als kapitaalsintensief was. De controleactiviteiten op de luchthaven steunden immers enerzijds op gespecialiseerd personeel dat een bijzondere opleiding had genoten, en anderzijds op onmisbare apparatuur die door de Duitse staat ter beschikking was gesteld.

De *Abler*-doctrine leende zich niet tot deze casus.

Uit alle besproken arresten lijkt er dan ook één vaststaande uitgangspunt naar voor te komen: de noodzaak om de voor de activiteit essentiële en karakteristieke productiefactoren te analyseren:

- Is de onderneming kapitaalsintensief, wat blijkbaar volgens het Hof van Justitie geldt voor de catering (cfr Abler), mijnbouw (cfr impliciet Allen) en exploitatie van buslijnen (cfr Oy Liikenne) dan is de overgang van materiële activa een noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor de overgang van onderneming, ongeacht of deze overgang van activa nu plaatsvindt tussen de twee opeenvolgende dienstverleners dan wel gerealiseerd wordt via een terbeschikkingstelling door de opdrachtgever;
- Is de onderneming arbeidsintensief, wat blijkbaar geldt voor de schoonmaak (cfr Süzen, Hernandez Vidal, Temco, UGT-FSP), huishulp aan bejaarden (cfr Sanchez Hidalgo), simpele bewakingsactiviteiten (cfr Ziemann) en uitzendarbeid (cfr Jouini), dan is de overgang van personeel een noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor de overgang van onderneming;
- Is de kernactiviteit evenwel gemengd arbeids- en kapitaalsintensief, wat blijkbaar geldt voor controleactiviteiten op luchthavens (cfr Securicor), dan moet een globale beoordeling gemaakt worden op basis van zowel overgang van personeel als overgang van activa, conform de klassieke Spijkers-test.

In elk geval komt het steeds toe aan de nationale rechter om te beoordelen welke de aard is van de onderneming, en of de noodzakelijke middelen om deze concrete onderneming verder te uit te baten (activa of personeel of beide) effectief zijn overgegaan.

Een tweede mogelijke verklaring voor de terugkeer van het Hof van Justitie naar de rechtspraak van voor Abler, kan zijn dat het Hof beseft heeft dat dit arrest ook wat betreft de catering niet genuanceerd genoeg was. Of de catering-activiteit na Abler definitief als zuiver kapitaalsintensief kan worden beschouwd, is o.i. alleszins sinds Securicor (en ook CLECE) niet meer zo vanzelfsprekend.

Mogelijk zou het Hof, indien het nogmaals gevraagd zou worden zich uit te spreken over de cateringsector, niet meer automatisch oordelen dat dit een kapitaalsintensieve sector is die puur gedefinieerd wordt door de materiële activa, en zou zij de realiteit van de catering activiteit genuanceerder benaderen zoals in de arresten Securicor en UGP – FSP. Het personeel, zeker als dit een bijzondere opleiding en expertise moet genieten om de activiteiten te verrichten, is immers ook belangrijk. Zoals koken in een sterrenrestaurant niet hetzelfde is als koken in een grootkeuken, is poetsen in een ziekenhuis, waarbij eventueel bepaalde bijzondere voorschriften nageleefd moeten worden, ook niet vergelijkbaar met poetsen in kantoorgebouwen. Deze nuance dient in de beoordeling opnieuw een plaats te verwerven.

Het blijft afwachten wat het Hof van Justitie en ook de Belgische rechters zullen oordelen in dit verband.

§3. Geen afbreuk aan nationale beschermingsmaatregelen: let op voor sectorale CAO's

24. In het arrest CLECE heeft het Hof ondubbelzinnig herhaald dat de Richtlijn geldt "onverminderd de eventuele toepasselijkheid van nationale beschermingsmaatregelen". Nationale regelingen die de rechten van de werknemers ruimer beschermen dan de Richtlijn of CAO 32bis blijven dan ook onverkort van toepassing.

§4. De Belgische rechtspraak past Abler algemeen toe

25. De Belgische rechtspraak van na het arrest Securicor verwijst tot op heden nog steeds massaal naar de Abler-doctrine m.b.t. overgang van onderneming in de cateringsector, soms zelfs met de expliciete – en zelfs ongenueanceerde – vermelding dat deze bevestigd zou zijn door het arrest Securicor.

Zeker voor de cateringsector en andere kapitaalsintensieve sectoren valt voorlopig dan ook niet te voorspellen hoe de Belgische rechters de opeenvolgende terbeschikkingstelling van materiële activa door de opdrachtgever in de toekomst zullen evalueren n.a.v. het arrest Securicor. Zullen zij deze terbeschikkingstelling nog steeds kwalificeren als overdracht van activa tussen de dienstverleners die automatisch leidt tot een overgang van onderneming (cfr arrest Abler)? Of zullen zij in de beoordeling van de overgang van onderneming ook de andere elementen voorzien in de Spijkers-test betrekken (cfr arrest Securicor)?

Het verhaal is dus zeker nog niet ten einde. Wordt ongetwijfeld vervolgd.

Beknpte bibliografie

Recente rechtspraak van het Hof van Justitie

- H.v.J. 13 september 2007, *Jouini e.a.*, C-458/05, <http://curia.europa.eu>,
- H.v.J. 12 februari 2009, *Klarenberg*, C-466/07, <http://curia.europa.eu/jurisp/>
- H.v.J. 29 juli 2010, *UGT-FSP*, C-151/09, <http://curia.europa.eu/jurisp>
- H.v.J. 15 september 2010, *Briot*, C-386/09, <http://curia.europa.eu>,
- H.v.J. 21 oktober 2010, *Albron Catering*, C-242/09, <http://curia.europa.eu>
- H.v.J. 20 januari 2011, *CLECE SA*, C-463/09, <http://curia.europa.eu/jurisp>

Rechtsleer

A. DREESEN en J. HOFKENS, "Overgang van onderneming: heeft het Hof van Justitie de Abler-doctrine terug verlaten?", *Or.* 2010, 241-255
C. BAYART, "Outsourcing en overdracht van onderneming – rechtspraak Hof van Justitie", *Or.* 2002, 11 e.v.

I. VAN TILBORGH, "Het Sodexho-arrest: een verregaande interpretatie van het Europees Hof van Justitiebetreffende overdracht van onderneming", A.T.O., Kluwer..

L. PELTZER, *Conventionele overdracht van ondernemingen*, Kluwer, Mechelen, 2007, 62 e.v.

M. SIMON, "Nieuwe onzekerheden over het toepassingsgebied van de Richtlijn", *Or.* 2005, 20 e.v.

N. THOELEN, *Conventionele overgang van onderneming – Richtlijn 2001/23/EG en CAO nr. 32bis*, Larcier, Brussel, 2007.