

# Overgang van onderneming

Zef Even

Overgang van onderneming – VAAMN

29 april 2021

# Indeling

- Inleiding
- Wat is een ovo?
  - Onderneming
  - **Overgang**
  - Krachtens overeenkomst of fusie
- Drie pijlers van bescherming
  - **Alle betrokken werknemers gaan over**/de arbeidsvoorwaarden zijn beschermd
  - Ontslagbescherming
  - Informatie/consultatie rechten

# Inleiding

## Doel Richtlijn

- Par. 3 considerans:

Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen

- HvJ 15 juni 1988, C-101/87, Bork, par. 13:

(...) beoogt Richtlijn nr. 77/187 te verzekeren, dat de werknemers, in geval van wijziging in de persoon van het hoofd van de onderneming, hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven

## Doel Richtlijn: alleen werknemer bescherming?

- HvJ 9 maart 2006, C-499/04, Werhof, par. 31:

Bovendien mag, hoewel overeenkomstig het doel van de richtlijn de belangen van de door de overgang geraakte werknemers moeten worden beschermd, niet voorbij worden gegaan aan de rechten van de verkrijger, die de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt

# Waarom de overgang van werknemers?

- AG Trstenjak, C-463/09, Clece, par. 68

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

# Wanneer is er een OVO?

- Overgang (naar een nieuwe werkgever)
- Van een onderneming
- Krachtens overeenkomst of fusie

## HvJ Spijkers, 18 maart 1986, C-24/85 - feiten

- Colaris exploiteert een slachthuis.
- Bedrijfsactiviteiten ruim een maand stilgelegd
- goodwill en klantenkring verdwenen
- Overname gebouw met toebehoren door Benedik
- Benedik gaat verder met de slachterij
- Benedik neemt al het personeel van Colaris over, op twee werknemers na, waaronder Spijkers
- Ovo?



## HvJ Spijkers, 18 maart 1986, C-24/85 – HvJ (1)

- Beslissend: blijft **identiteit** van bedrijf bewaard?
- Vervreemding van lopend bedrijf: **exploitatie** ervan wordt in feite door de nieuwe ondernemer **voortgezet** of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsactiviteiten
- Wanneer alleen de activa zijn vervreemd, is geen sprake van ovo
- Houd rekening met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals:

## HvJ Spijkers, 18 maart 1986, C-24/85 – HvJ (2)

- 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
- Al deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld

## HvJ Süzen, 11 maart 1997, C-13/95 - feiten

- Süzen maakt schoon op Aloisiuskolleg in dienst van Zehnacker
- Aloisiuskolleg gunt de schoonmaakopdracht aan Lefarth
- Süzen en zeven andere werknemers worden ontslagen
- Ovo?

## Kapitaal- en arbeidsintensief; HvJ Süzen, 11 maart 1997, C-13/95 – HvJ 1

- Verrichten vergelijkbare diensten is onvoldoende voor ovo: **een entiteit kan niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast**
- Identiteit blijkt ook uit andere factoren, zoals personeelssamenstelling, leiding, taakverdeling, bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, beschikbare productiemiddelen
- Enkel verlies van opdracht als zodanig **geen aanwijzing** voor ovo
- Overdracht van activa is slechts een element van de toets (anders AG)
- Houd rekening met de **aard** van de betrokken onderneming: het belang dat moet worden gehecht aan de diverse criteria verschilt naar gelang van de uitgeoefende activiteit

## Kapitaal- en arbeidsintensief; HvJ Süzen, 11 maart 1997, C-13/95 – HvJ 2

- Als een entiteit zonder materiële of immateriële activa van betekenis kan functioneren, kan het behoud van identiteit van een dergelijke entiteit niet afhangen van een overdracht daarvan
- Als in sectoren arbeidskrachten de voornaamste factor van de activiteit zijn, kan een **groep werknemers** die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een **entiteit zijn**
- Wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen (i) de betrokken activiteit voortzet, maar ook (ii) een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet, **behoudt de entiteit haar identiteit**

## HvJ Finse Bussen, 25 januari 2001, C-172/99 - feiten

- Heraanbesteding in vervoerssector: exploitatie zeven streekbuslijnen voor drie jaar
- Eerst door Hakunilan met 26 bussen en 45 chauffeurs
- Liikenne wint aanbesteding en krijgt concessie
- Na verlies concessie ontslaat Hakunilan die 45 chauffeurs
- 33 van hen solliciteert bij en wordt in dienst genomen door Liikenne, naast 18 andere, nieuwe chauffeurs
- Materiële activa, zoals de bussen, worden niet overgedragen
- Wel overdracht dienstuniformen
- Ook huur door Liikenne van twee bussen van Hakunilan voor ruim twee maanden, in afwachting van de bestelde 22 nieuwe bussen
- ovo?

## HvJ Finse Bussen, 25 januari 2001, C-172/99 – HvJ (1)

- Houd rekening met alle feitelijke omstandigheden, let op Spijkers-factoren
- Die factoren zijn slechts deelaspecten (...) en mogen niet elk afzonderlijk worden beoordeeld
- Dat vorige en nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten verrichten geeft nog geen ovo: een entiteit kan immers niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast
- Haar identiteit blijkt ook uit andere factoren (...)
- Houd rekening met **aard** van de betrokken onderneming: belang Spijkers-factoren varieert per uitgeoefende activiteit
- Soms arbeidsintensief: dan groep werknemers entiteit die overgaat wanneer activiteit overgaat en wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel

## HvJ Finse Bussen, 25 januari 2001, C-172/99 – HvJ (2)

- Busvervoer geen activiteit waarin arbeidskrachten voornaamste factor zijn: **belangrijke inzet van materieel en middelen vereist**
- Dat voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer zijn overgedragen, is **dan ook een omstandigheid waarmee rekening moet worden gehouden**
- De concessie is niet een actief dat doorslaggevend is, hoewel de waarde hiervan buiten kijf staat
- Bij de vernieuwing van een overheidsopdracht wordt de waarde van dergelijke immateriële activa bij het verstrijken van de overeenkomst met de vorige opdrachtnemer **tot nul herleid**, aangezien de opdracht juist opnieuw wordt aanbesteed
- Wel kan worden uitgegaan van overdracht van de klantenkring



## HvJ Finse Bussen, 25 januari 2001, C-172/99 – HvJ (3)

- 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
- Dus er is geen ovo

## Intermezzo: een conclusie

- Houd rekening met **aard** van de onderneming: belang diverse Spijkers-criteria verschilt per uitgeoefende activiteit
- Als arbeidsintensief:
  - kan behoud van identiteit van entiteit niet afhangen van overdracht van activa
  - kan een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een entiteit zijn; en
  - gaat die entiteit over wanneer nieuwe ondernemer niet alleen betrokken activiteit voortzet, maar ook wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet
- Als kapitaalintensief: dan leidt het feit dat geen overgang van voor de **goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa** heeft plaatsgevonden, tot de conclusie geen ovo
- Loutere overdracht activiteit steeds onvoldoende
- Loutere overdracht activa ook steeds onvoldoende

## HvJ Sodexho, 20 november 2003, C-340/01 - feiten

- Ziekenhuis besteedt catering uit
- Sanrest verliest opdracht, Sodexho wint deze
- Geen overdracht materiële of immateriële activa, zoals voorraden, menu's, diëten, recepten, berekeningen of rapporten inzake opgedane ervaringen
- Geen overname van een deel van het personeel
- Sodexo exploiteert de keuken naar eigen zeggen volgens haar eigen organisatie, met haar eigen berekeningen en knowhow, en stelt ook eigen menu's samen
- Wel zijn ruimtes in het ziekenhuis gebruikt die voorheen door Sanrest werden gebruikt: keukens inclusief apparatuur
- Ziekenhuis stelt die ruimtes, apparatuur, gas, water en energie ter beschikking
- Ovo?

## HvJ Sodexho, 20 november 2003, C-340/01 – HvJ (1)

- Houd rekening met alle feitelijke omstandigheden, let op Spijkers-factoren, hoewel slechts deelaspecten
- Houd rekening houden met de aard van de onderneming: het belang van de Spijkers-factoren verschilt immers naar gelang van de uitgeoefende activiteit
- Catering kan *niet* worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, **aangezien daarvoor heel wat uitrusting noodzakelijk is**
- Hier 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) overgenomen

## HvJ Sodexho, 20 november 2003, C-340/01 – HvJ (2)

- Bovendien: **uitdrukkelijke en essentiële verplichting** de maaltijden in de ziekenhuiskeuken te bereiden
- Overdracht van de 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 ovo te spreken
- Ook overname vrijwel de gehele klantenkring, aangezien deze klanten geen ander cateringbedrijf kunnen kiezen
- Daardoor is het feit dat nieuwe ondernemer geen wezenlijk deel van personeel overneemt, niet voldoende om uit te sluiten dat sprake is van een ovo in een sector zoals de cateringsector, waar de uitrusting de voornaamste factor bij de activiteit is

## Intermezzo (2): een conclusie

- In een sector waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan de activiteit, moet het feit dat geen overgang van die voor de goede werking van de eenheid onontbeerlijke activa heeft plaatsgevonden, tot de conclusie leiden, dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden
- Die sector is niet beperkt tot tamelijk 'evidente' kapitaalintensieve sectoren – zoals busvervoer en mijnexploitatie (HvJ Allen/ACC, 12 december 1999, C-234/98) – maar omvat hier ook catering
- Hierbij onderbouwt het HvJ ruim waarom in dit **specifieke geval** sprake was van een kapitaalintensieve onderneming
- De overname van activa wordt breed beschouwd: het gebruik van ter beschikking gestelde activa voldoet al
- Dat geldt dan weer niet voor een concessie van drie jaar
- Hier had dit alles tot gevolg dat personeel overging

## HvJ Duitse Bussen, 27 februari 2020, C-298/18 - feiten

- Heraanbesteding in vervoerssector: exploitatie streekvervoer per bus in Duitse regio voor 10 jaar
- Eerst exploitatie door SBN met eigen bussen en chauffeurs
- OSL wint (via moeder) aanbesteding
- OSL neemt veel chauffeurs en leidinggevenden SBN in dienst
- OSL neemt geen materiële activa (bussen) over
- Maar: eisen aan bussen op o.a. gebied milieuvriendelijkheid
- Bussen van SBN waren hiervoor ongeschikt
- SBN nam dan ook niet deel aan de heraanbesteding
- Verwijzende rechter: overname bussen in de praktijk uitgesloten. Werknemers van groot belang: bekend op het platteland, 'schaars goed', beschikken over knowhow
- Ovo?

# HvJ Duitse Bussen, 27 februari 2020, C-298/18 – HvJ (1)

- Beslissende criterium identiteitsbehoud, wat m.n. blijkt uit de **daadwerkelijke voortzetting of hervatting van de exploitatie**
- Houd rekening met alle feitelijke omstandigheden, waaronder Spijkers-factoren, hoewel slechts deelaspecten
- Houd rekening met aard van de onderneming: belang van Spijkers-factoren verschilt per uitgeoefende activiteit
- Loutere overname activiteit geen ovo op: de identiteit van een eenheid kan niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Die identiteit blijkt uit meerdere onlosmakelijk verbonden elementen (...)
- Kwalificatie als overgang veronderstelt feitelijke vaststellingen: kwestie **in concreto** door de nationale rechter te beoordelen in licht van door het HvJ geformuleerde criteria, **alsmede van de door richtlijn nagestreefde doelstellingen (bescherming werknemer bij verandering onderneming)**



## HvJ Duitse Bussen, 27 februari 2020, C-298/18 – HvJ (2)

- In Finse Bussen heeft het HvJ benadrukt dat het feit dat er voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer waren overgedragen, **een omstandigheid was waarmee rekening moet worden gehouden**
- Daaruit kan niet worden afgeleid dat de overname van de bussen in abstracto moet worden beschouwd als de enige bepalende factor bij een ovo waarvan de activiteit bestaat in het openbaar vervoer per bus
- Steeds moet de verwijzende rechter rekening houden met de specifieke omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak

## HvJ Duitse Bussen, 27 februari 2020, C-298/18 – HvJ (3)

- Hier **economisch gezien niet redelijk** voor nieuwe exploitant om bestaande vloot bussen over te nemen
- De beslissing van de nieuwe exploitant om de bedrijfsmiddelen van die onderneming niet over te nemen is ingegeven door **externe vereisten**, terwijl dat in Finse Bussen niet zo was
- In die context is niet overdragen bedrijfsmiddelen niet noodzakelijkerwijs een beletsel voor de kwalificatie van ovo
- Het staat aan de verwijzende rechter om te bepalen of uit de feitelijke omstandigheden kan worden afgeleid dat de betrokken eenheid haar identiteit behoudt
- Relevant hiervoor is:
  1. dat de nieuwe exploitant in wezen dezelfde busvervoersdienst verzorgt als de vorige onderneming, zonder onderbreking en grotendeels op dezelfde lijnen en voor dezelfde passagiers

## HvJ Duitse Bussen, 27 februari 2020, C-298/18 – HvJ (4)

2. de aanwezigheid van ervaren buschauffeurs in een plattelandsregio doorslaggevend is om de kwaliteit van de betrokken dienst te waarborgen
- Groep werknemers die duurzaam gemeenschappelijke activiteit verricht kan een eenheid vormen. Die kan overgaan wanneer een nieuwe ondernemer niet alleen activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt
- Dan verwerft een nieuwe ondernemer namelijk georganiseerde geheel van elementen waarmee activiteiten van overdragende onderneming **duurzaam kunnen worden voortgezet**
- Overname merendeel van chauffeurs is feitelijke omstandigheid die in aanmerking moet worden genomen bij de kwalificatie van de betrokken transactie

# Dodic/Banka Koper, HvJ 8 mei 2019, C-194/18 - feiten

- Banka Koper staakt haar brokerage-activiteiten
- De boekhouding m.b.t. de beleggingsdiensten en -activiteiten van haar klanten draagt zij over aan Alta Invest
- Banka Koper treedt op als niet-zelfstandig commissionair voor Alta Invest
- Banka Koper informeert haar klanten dat zij stopt met de brokerage-activiteiten en dat de klanten, hoewel het hen vrij staat een andere keuze te maken, mee over kunnen naar Alta Invest.
- Die overstap kent enkele voordelen voor de klanten
- Als de klanten niet reageren, dan wordt dat aangemerkt als aanvaarding van de overstap naar Alta Invest
- In totaal is 91% van de klanten naar Alta Invest overgestapt
- Geen betrokken werknemers worden aangenomen door Alta Invest
- Geen materiële zaken worden overgedragen
- Toch ovo?

## Dodic/Banka Koper, HvJ 8 mei 2019, C-194/18 - HvJ

- De economische activiteit van de brokerage-afdeling verlangt geen belangrijke materiële elementen voor het functioneren ervan
- Integendeel, deze economische activiteiten berusten voornamelijk op **immateriële elementen**, namelijk de financiële instrumenten en andere activa van de opdrachtgevers, in casu de klanten, hun boekhouding, de andere beleggings- en nevendiensten en het bijgehouden archief
- De overdracht van die immateriële elementen heeft volgens het HvJ 'een zeker belang' voor de kwalificatie van overgang van onderneming
- Dat betekent dat het mogelijk is dat een overgang van onderneming tot stand komt zonder dat personeel en materiële activa worden overgedragen

## Intermezzo (3): een conclusie

- Houd rekening met **aard** van de onderneming: het aan de diverse Spijkers-criteria te hechten belang verschilt naar gelang van uitgeoefende activiteit
- Doe dat **concreet, per onderneming** en dus **van geval tot geval**
- Het HvJ refereert in de Duitse Bussen aan het stappenplan van een arbeidsintensieve onderneming
- Rekening moet worden gehouden met het **doel** van de richtlijn: bescherming werknemer bij verandering onderneming
- Ook sluit het HvJ in Duitse Bussen aan bij het duurzaam kunnen voortzetten van de activiteiten van de overdragende onderneming (zie ook HvJ Klarenberg/Ferrotron, C-466/07, par 48)
- Zie de inleiding, waarin AG Trstenjak dat als rechtvaardiging voor de gedwongen overname van het personeel beschouwde
- Als geen materiële activa en geen personeel overgaat, kan nog steeds sprake zijn van ovo

# Drie pijlers van bescherming

# Wie gaat over?

Hoofdregel (art. 7:663 BW):

- Alle werknemers die in de overgedragen onderneming of het overgedragen onderdeel werkzaam zijn ten tijde van de overgang van de onderneming



# Wie gaat over?

1. Werknemers;
2. In dienst bij de vervreemder (o.g.v. arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking);
3. Aangesteld bij het onderdeel dat overgaat;
4. In dienst op het moment van de overgang (HR 11 mei 2012, JAR 2012/150 (Van Tuinen/Connexxion));
5. Tenzij de werknemer expliciet weigert over te gaan (HR NJ 1989, 240, Boode/De Waterlijn (Hoheisel))

## HvJ 7 februari 1985, NJ 1985, 902, Botzen/RDM

- Vlak voor faillissement RDM oprichting nieuwe vennootschap
- Verschillende afdelingen Marine, Algemene Werktuigbouw, Zware apparaten gaan over naar nieuwe vennootschap
- In RDM bleven achter de algemene afdelingen en stafafdelingen
- Botzen werkte bij een niet overgedragen stafafdeling, maar verrichte zijn werkzaamheden ten behoeve van een overgedragen onderdeel
- Overdracht onderdeel
- Is de werknemer bij het overgedragen onderdeel aangesteld?

## HvJ 7 februari 1985, NJ 1985, 902, Botzen/RDM – AG (1)

- Werknemers die geheel voor dat onderdeel werkzaam zijn, kunnen een beroep doen op de richtlijn
- Een simpele praktische toets is de vraag of, indien dat onderdeel van de vestiging voor de overname aan een andere eigenaar had toebehoord dan de rest, de werknemer bij de eigenaar van dat onderdeel in dienst zou zijn geweest of bij de eigenaar van de rest
- De enige uitzondering die de AG zou willen toelaten, is het geval dat aan een werknemer ook andere werkzaamheden worden opgedragen, maar dat op zo kleine schaal dat in redelijkheid kan worden gezegd dat die werkzaamheden rechtens verwaarloosbaar zijn

## HvJ 7 februari 1985, NJ 1985, 902, Botzen/RDM – AG (2)

- Een andere uitkomst is onpraktisch:

Anders zou een werknemer die in verschillende fabrieken bijvoorbeeld onderhouds- of personeelswerk verricht, of die verkoper is voor het gehele assortiment van het bedrijf, **kunnen stellen dat hij is overgegaan** naar degene die eigenaar was geworden van slechts een onderdeel van de vestiging. (...) Ook zou, indien twee onderdelen van een vestiging aan twee verschillende verkrijgers werden overgedragen en een ander onderdeel werd behouden, de werknemer die voor beide onderdelen had gewerkt of voor een algemene afdeling als onderhoud, boekhouding of verkoop, in theorie kunnen stellen dat hij naar beide was overgegaan, of in elk geval dat hij een keuze had.

## Botzen/RDM, Hof van Justitie (1)

- RDM: de overgang heeft 'enkel betrekking op de werknemers die volledig dan wel nagenoeg volledig werkzaam zijn ten behoeve van het overgedragen onderdeel (...) en niet op werknemers met deeltaken ten aanzien van de verschillende (...) onderdelen, dan wel op werknemers die ten behoeve van meer (...) onderdelen werkzaam zijn, doch tot de achterblijvende stafafdelingen behoren'
- Commissie: enkel beslissend is, 'of de afdeling waarbij de werknemers waren **aangesteld** en die het **organisatorisch** kader vormde waarbinnen de arbeidsverhouding werd geconcretiseerd, al dan niet worden overgedragen'

## Botzen/RDM, Hof van Justitie (2)

- HvJ: de Commissie dient in haar opvatting te worden gevolgd
- Een arbeidsverhouding wordt in hoofdzaak gekenmerkt door de **band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming**, waarbij hij voor de uitoefening van zijn taak is aangesteld
- Om te beoordelen of uit een arbeidsverhouding voortvloeiende rechten en plichten op grond van de richtlijn door een ovo zijn overgegaan, kan dus worden volstaan met vast te stellen, bij welk onderdeel van de onderneming of vestiging de betrokken werknemers was **aangesteld**

## HvJ 26 maart 2020, C-344/18, ISS/Govaerts - feiten

- Werkneemster in dienst bij ISS
- ISS belast met schoonmaak- en onderhoudsdiensten aan drie percelen Stad Gent: (1) musea en historische gebouwen, (2) bibliotheken en buurthuizen en (3) administratieve gebouwen.
- In een aanbesteding verloor ISS deze percelen
- Percelen (1) en (3) gegund aan Atalian en perceel (2) aan Cleaning Masters
- Govaerts als branchemanager van deze drie percelen aangesteld bij dat gedeelte van onderneming van ISS dat hiervoor verantwoordelijk was en krachtens ovo overging
- Maar kon Govaerts wel overgaan nu de percelen gesplitst werden over twee verkrijgers en zo ja, bij wie trad ze dan in dienst?

## HvJ 26 maart 2020, C-344/18, ISS/Govaerts – AG (1)

- Voor zover Govaerts als branchemanager deel uitmaakte van de autonome groep van overgegangene [wns] waarvoor zij in een speciale omkadering moest voorzien is het evident dat zij was aangesteld bij de overgegangene eco eenheid
- De situatie zou anders zijn indien Govaerts **niet het grootste deel** van haar werkzaamheden had verricht in het kader van de betrokken eco eenheid maar „als personeel van een zelf niet overgedragen stafafdeling van de onderneming bepaalde werkzaamheden [verrichtte] ten behoeve van het overgedragen onderdeel”.
- Dit is hier niet het geval, aangezien Govaerts zich binnen de overgegangene eco eenheid bezighield met de planning en organisatie van de werkzaamheden m.b.t. de drie percelen en **derhalve** deel uitmaakte van de bij de overgang betrokken werknemers.
- Beslissend om te bepalen of Govaerts tot een eco eenheid behoort, is niet de lengte van de periode waarin zij vóór de overgang aan die eenheid verbonden is geweest, maar dat zij branchemanager was voor de drie overgegangene percelen en zij bijgevolg zorg droeg voor de coördinatie en leiding van het schoonmaakpersoneel.



## HvJ 26 maart 2020, C-344/18, ISS/Govaerts – AG (2)

- Ik wil in herinnering brengen dat het Hof al heeft geoordeeld dat het feit dat een economische eenheid is ontbonden en haar activiteiten naar twee andere eenheden zijn overgegaan, op zich niet uitsluit dat richtlijn 2001/23 van toepassing is. Bovendien zou het anders gemakkelijk zijn om de toepassing van deze richtlijn te omzeilen
- Hieruit volgt dat een overgang zoals die aan de orde is in het hoofdgeding binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/23 valt
- Uit het voorgaande blijkt dat de omstandigheid dat de activiteiten van de economische eenheid waartoe Govaerts behoorde zijn overgegaan op twee andere eenheden, te weten Atalian en Cleaning Masters, geen beletsel vormt om deze overgang aan te merken als overgang van onderneming

## HvJ 26 maart 2020, C-344/18, ISS/Govaerts – AG (3)

- De vraag is of het feit dat de eco eenheid is overgegaan op niet één maar twee verkrijgers, toepassing uitsluit van het Botzen-criterium van *de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming dat is overgegaan*, om te beoordelen of de voor de vervreemder uit een ao voortvloeiende rechten en verplichtingen op die verkrijgers overgaan.
- Ik denk van niet. Zodra de eco eenheid waarbij een wn was aangesteld is overgegaan, gaan de voor de vervreemder uit de ao voortvloeiende rechten en verplichtingen immers over op de verkrijger. De vraag of de overgang heeft plaatsgevonden op één verkrijger of op meer verkrijgers gelijktijdig, is m.i. niet relevant voor de overgang van de rechten en verplichtingen.
- Dit gezegd zijnde, gaat de Commissie m.i. nog verder door te overwegen dat het criterium van *de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming dat is overgegaan* ook kan worden toegepast in geval van een eventuele splitsing van de arbeidsovereenkomst van een wn die was aangesteld bij verschillende onderdelen van de onderneming die gelijktijdig zijn overgaan op twee verkrijgers.

## HvJ 26 maart 2020, C-344/18, ISS/Govaerts – AG (4)

- Een voltijdse ao na de ovo splitsen in meerdere deeltijdse ao-en en de uit genoemde overeenkomst met de vervreemder voor de betrokken werknemers voortvloeiende rechten en verplichtingen bijgevolg verdelen in verhouding tot de door de werknemer verrichte werkzaamheden, lijkt mij in overeenstemming met het doel van richtlijn 2001/23
- Die oplossing vindt steun in artikel 2, lid 2, onder a), van richtlijn 2001/23
- Indien de splitsing van de betrokken arbeidsovereenkomst tussen de twee verkrijgers **onmogelijk** blijkt of **afbreuk doet** aan het behoud van de door deze richtlijn gewaarborgde rechten van de werknemers, of indien de werknemer na de overgang van de onderneming splitsing van zijn overeenkomst weigert, kan de betrokken ao ook worden verbroken en moet de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking dan uit hoofde van artikel 4, lid 2, van richtlijn 2001/23 worden geacht te zijn verbroken door toedoen van de verkrijger(s)

## HvJ 26 maart 2020, C-344/18, ISS/Govaerts – HvJ 1

- Dat een onderneming overgaat naar meer dan één verkrijger is niet relevant voor antwoord op vraag of wn overgaat
- Govaerts zal dus niet achterblijven bij vervreemder ISS
- Gaat Govaerts dan naar ‘grootste’ verkrijger Atalian, of naar beide?
- Eerste optie onjuist, omdat Atalian dan rechten en plichten uit een voltijdse ao zou krijgen, terwijl wn slechts deeltijds bij haar werkte
- Tweede optie juist: ao gaat naar verhouding van de door de werknemer verrichte werkzaamheden over op de beide verkrijgers
- Het staat aan de verwijzende rechter te bepalen welke regels gelden voor de eventuele opdeling van de arbeidsovereenkomst:
  - hij kan rekening houden met de economische waarde van de percelen waarvoor de werknemer is aangesteld,
  - of met de tijd die hij daadwerkelijk aan elk perceel besteedt

## HvJ 26 maart 2020, C-344/18, ISS/Govaerts – HvJ 2

- Maar ...
- Als splitsing van de ao onmogelijk zou zijn of zou leiden tot verslechtering van arbeidsvoorwaarden, dan moet de ao op grond van artikel 4 lid 2 van de Richtlijn verbroken worden geacht door toedoen van de verkrijger(s), zelfs indien de verbreking op initiatief van de werknemer geschiedt.
- Bovendien: hoewel de ovo krachtens artikel 4 lid 1 van de Richtlijn op zichzelf geen reden kan vormen voor ontslag, kan deze bepaling geen beletsel vormt voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen