

Overgang van onderneming in de cateringbranche. Of hoe een kijkje in de keuken cruciaal wordt

HvJ EG 20 november 2003, Zaak C-340/01, JAR 2003/98 (Sodexho)

Overgang van onderneming; identiteit van de onderneming; Spijkers-criteria; schoonmaakbranche; overdracht van materiële activa

1 Inleiding

Aan de stroom van uitspraken van het Europese Hof van Justitie over de vraag wanneer er sprake is van overgang van een onderneming lijkt maar geen eind te komen. Bij de rechters uit de Lidstaten blijft de behoefte bestaan casusposities voor te leggen aan het Luxemburgse Hof, dat dan de vraag mag beantwoorden of in het bewuste geval sprake is van overgang van onderneming of niet. In de eerste uitspraak over het begrip 'overgang van onderneming', het Spijkers-arrest uit 1986,¹ stelde het Hof zich nog terughoudend op door slechts de fameuze lijst van factoren op te stellen die van belang zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming: de aard van de betrokken onderneming of vestiging, de vraag of materiële activa als gebouwen en roerende zaken worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, de vraag of de nieuwe ondernemer vrijwel alle personeelsleden overneemt, of de klantenkring wordt overgedragen, of de voor en na overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. De uiteindelijke weging van deze factoren, culminerend in het oordeel 'overgang' of 'geen overgang', liet het Hof over aan de nationale rechters. Die bleven echter worstelen met de richtlijn, zodat het Hof steeds weer met nieuwe prejudiciële vragen werd geconfronteerd. De meeste vragen betroffen gevallen van uitbesteding van activiteiten (first round contracting out) of contractwisseling (second round contracting out). Uitbesteding van soms voornamelijk op de factor arbeid leunende diensten leverde zoveel problemen op, omdat de EU-landen die al vóór het van kracht worden van de richtlijn een eigen regeling voor over-

1 HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1986, 502.

gang van onderneming kenden heel verschillend omgingen met het begrip 'overgang van onderneming'.² Zo was vaste Duitse jurisprudentie dat zonder overgang van materiële of immateriële activa geen sprake kon zijn van overgang van onderneming, terwijl de Franse rechter er tot 1985 juist van uitging dat de overgang van activa in het geheel niet van belang was: het ging erom of de verkrijger op dezelfde of soortgelijke wijze een economische activiteit voortzette, waar een of meer arbeidsovereenkomsten mee verbonden waren.³ Deze strijd tussen wat Davies respectievelijk noemt de 'activity'- of 'labour law'-benadering en de 'organisation'- of 'commercial law'-benadering van het begrip overgang van onderneming, beslechtte het Hof in het roemruchte Schmidt-arrest,⁴ waarin het ging om de uitbesteding van de uit een persoon bestaande schoonmaakafdeling van een bank, in het voordeel van de ruimere, de werknemers meer bescherming biedende uitleg. Deze beslissing werd met name in Duitsland zwaar bekritiseerd,⁵ waarna het Hof in het Süzen-arrest,⁶ waar het ging om contractwisseling, duidelijk maakte dat de enkele overgang van een schoonmaakcontract op een nieuwe opdrachtnemer geen overgang van onderneming kon opleveren. In een arbeidsintensieve sector als de schoonmaakbranche kon weliswaar zonder overgang van activa sprake zijn van overgang van onderneming, maar dan was wel een voorwaarde dat de verkrijger een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel van de vervreemder overneemt. Dit arrest werd op zijn beurt weer bekritiseerd, ditmaal met name in het Verenigd Koninkrijk,⁷ omdat het betekende dat in arbeidsintensieve sectoren als de schoonmaakbranche, de richtlijn kon worden omzeild door geen personeel over te nemen. De richtlijn werkt dan als een boemerang: de overnemer is op zich bereid een deel van het personeel over te nemen, maar ziet daarvan af, omdat hij dan het risico loopt dat hij al het personeel moet houden. Het in het Süzen-arrest geïntroduceerde onderscheid tussen arbeidsintensieve en niet-arbeidsintensieve activiteiten gaf bovendien aanleiding tot een nieuwe vraag die uiteraard weer ter beantwoording aan het Hof van Justitie werd voorgelegd: welke sectoren zijn als arbeidsintensief – of beter gezegd: voornamelijk afhankelijk van de factor arbeid – te beschouwen, zodat ook zonder overdracht van activa sprake kan zijn van overgang van

2 Zie P.L. Davies, *Transfers of Undertakings. Part I: Preliminary remarks*, in: S. Sciarra (Ed.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford: Hart Publishing 2001, p. 135-137.

3 Zie P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 1999, p. 76-89.

4 HvJ EG 14 april 1994, JAR 1994/107.

5 Zie Van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, p. 80.

6 HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91.

7 Zie bijvoorbeeld P.L. Davies, *Transfers. The UK Will Have to Make Up Its Own Mind*, ILJ 2001, p. 234, waar hij spreekt van de 'unpalatable consequences' van het Süzen-arrest.

onderneming? In 2001 besliste het Hof in de Finse busmaatschappijen-zaak (Liikenne)⁸ dat busvervoer niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin arbeidskrachten de voornaamste factor zijn. Dit leidde tot het oordeel dat de overgang van de exploitatie van een aantal buslijnen, waarbij wel een deel van het personeel, maar geen bussen door de nieuwe exploitant waren overgenomen, geen overgang van onderneming inhield. Wat in Liikenne opvalt, is dat het Hof de knoop doorhakte door aan één factor uit de Spijkers-lijst doorslaggevende betekenis te hechten.⁹ Van de oorspronkelijk zo terughoudende opstelling van het Hof is weinig meer over. Het ligt voor de hand aan te nemen dat het Hof met zijn meer actieve opstelling beoogt duidelijkheid te verschaffen en zo de toevloed van prejudiciële vragen over het begrip overgang van onderneming te verminderen. Mocht deze aannahme juist zijn, dan moet het in deze noot te bespreken Sodexho-arrest¹⁰ worden gezien als het bewijs dat het Hof vooralsnog niet in zijn opzet is geslaagd. In Sodexho ging het weer om een geval van (hernieuwde) uitbesteding van activiteiten. En weer werd van het Hof een duidelijk antwoord verwacht op de vraag: 'Is hier sprake van overgang van onderneming of niet?'

2 Feiten

Ziekenhuis Wien-Speising (hierna: het ziekenhuis) heeft eind 1990 een cateringovereenkomst gesloten met Sanrest op grond waarvan Sanrest de volledige catering van het ziekenhuis op zich genomen heeft door de maaltijden en dranken van het personeel en de patiënten te verzorgen. De maaltijden moesten in de bedrijfsruimten van het ziekenhuis worden bereid. De verplichtingen van Sanrest bestonden onder meer uit het bereiden van door haar zelf samengestelde menu's, de inkoop van de producten, het vervoer van de maaltijden naar de diverse afdelingen binnen het ziekenhuis, het verstrekken van de maaltijden in het bedrijfsrestaurant, het exploiteren van de ziekenhuiscafetaria en het opruimen en afwassen van de vaat en het schoonmaken van de gebruikte ruimten. Het ziekenhuis stelde de ruimten ter beschikking, alsmede het water, de energie en de benodigde keukenuitrusting, zoals fornuizen en vaatwasmachines. Sanrest was aansprakelijk voor eventuele schade aan de ter beschikking gestelde keukenuitrusting. Ten gevolge van onenigheid tussen het ziekenhuis en Sanrest in de zomer van 1998 heeft het ziekenhuis de cateringovereenkomst uiteindelijk bij brief van 26 april 1999 opgezegd met inachtneming van een opzegtermijn van zes

8 HvJ EG 25 januari 2001, JAR 2001/68. Zie hierover: R.M. Beltzer, Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited, ARA 2002/1, p. 32-46.

9 Zie Beltzer, Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited, p. 38.

10 HvJ EG 20 november 2003, JAR 2003/98.

maanden. In november 1999 heeft het ziekenhuis de volledige catering gegund aan Sodexho. Sodexho heeft geweigerd verplaatsbaar materieel, voorraden en personeel van Sanrest over te nemen. Evenmin heeft zij de kostenberekening, de menu's, de diëten, recepten en ervaringsrapporten van Sanrest gekregen. Wel werkte Sodexho in dezelfde ruimten die het ziekenhuis destijds aan Sanrest ter beschikking had gesteld en gebruikte zij dezelfde keukenuitrusting. Sanrest zegt bij brief van 15 november 1999 de arbeidsovereenkomsten op met het personeel dat zij bij het ziekenhuis te werk had gesteld. Een aantal van deze werknemers (Abler c.s.) heeft daarop een vordering ingesteld bij het Arbeits- und Sozialgericht strekkende tot de vaststelling dat hun arbeidsovereenkomst met Sanrest door Sodexho zou worden voortgezet op grond van het op Richtlijn 77/187/EG gebaseerde Oostenrijkse Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)¹¹ betreffende overgang van vestigingen.

3 Oordelen Arbeits- und Sozialgericht en Oberlandesgericht en de prejudiciële vraag

Het Arbeits- und Sozialgericht heeft in eerste aanleg de vordering van Abler c.s. afgewezen. Volgens deze rechtbank was er in casu geen sprake van een duurzaam georganiseerde economische eenheid in de zin van een georganiseerd geheel van personen en vermogensbestanddelen die de uitoefening van een economische activiteit met een eigen doel mogelijk maakt, hetgeen kenmerkend is voor het begrip overgang in de zin van het Oostenrijkse AVRAG. De bestanddelen van een overgang van onderneming zijn niet aanwezig, aldus deze rechtbank, omdat noch het leidinggevend personeel, noch de organisatie van het werk, de recepten of de diëten, noch de klantenkring werden overgedragen. In hoger beroep kwam het Oberlandesgericht Wien tot het tegenovergestelde oordeel. Volgens dit gerecht was er wel sprake van overgang van een vestiging, omdat een economische eenheid was overgedragen die haar identiteit behield en die werd gekenmerkt door de uitoefening van de werkzaamheden en door de haar ter beschikking gestelde activa en ruimten die voor de exploitatie nodig zijn. De overgang van het personeel was volgens het Oberlandesgericht een gevolg van en geen voorwaarde voor de overgang van een vestiging. Sodexho heeft vervolgens Revision ingesteld bij het Oberste Gerichtshof, die de behandeling heeft geschorst en de volgende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EG heeft gesteld:

11 Zie voor de tekst van deze wet: <www.bmwa.gv.at/NR/rdonlyres/0784320F-6348-44Co-84C6-F09B3FAEB439/10379/ArbeitsvertragsrechtsAnpassungsgesetz.pdf>.

‘Is Richtlijn 77/187/EG van toepassing wanneer het bestuursorgaan van een ziekenhuis dat tot dusver een onderneming die bedrijfskeukens exploiteert, heeft belast met de voorziening aan patiënten en ziekenhuispersoneel van maaltijden en dranken tegen een voor de dag van verstrekking berekende prijs per persoon, en daartoe water, energie alsmede bedrijfsruimten (centrale keuken) plus de nodige uitrusting ter beschikking heeft gesteld, na de opzegging van deze overeenkomst deze taken en de tot dusver aan de eerste onderneming ter beschikking gestelde bedrijfsactiva overdraagt aan een andere onderneming die bedrijfskeukens exploiteert, zonder dat laatstbedoelde onderneming de door eerstbedoelde onderneming zelf ingebrachte productiemiddelen – personeel, voorraden, documenten betreffende berekeningen, menu’s, diëten, recepten, of opgedane ervaringen – overneemt?’

4 Conclusie A-G

A-G Geelhoed stelt zich twee hoofdvragen alvorens tot de conclusie te komen dat de prejudiciële vraag ontkennend moet worden beantwoord. De eerste luidt of er in casu sprake was van een overgang in het kader van contractuele betrekkingen. De A-G verwijst naar vaste jurisprudentie van het Hof waaruit enerzijds volgt dat een rechtstreekse contractuele band tussen vervreemder en verkrijger niet vereist is. De overgang kan ook in twee fasen geschieden via een derde, bijvoorbeeld de eigenaar of de verhuurder. Anderzijds heeft het Hof ook een ondergrens aan deze ruime uitleg gesteld in het arrest Süzen. Er kan niet reeds op grond van de omstandigheid dat de vorige en de nieuwe opdrachtnemer vergelijkbare diensten verrichten, worden geconcludeerd dat er sprake is van een overdracht van een economische entiteit. De A-G zegt in het licht van het arrest Süzen dan ook tot de conclusie te komen dat er in casu geen sprake is van overgang van onderneming, omdat er enkel sprake is van verlies van een opdracht. Dit kan, zo stelt hij vervolgens, alleen anders zijn indien blijkt dat desondanks kan worden gezegd dat de identiteit van de onderneming bewaard is gebleven. Dit brengt de A-G op zijn tweede hoofdvraag, namelijk of in casu de identiteit van de onderneming is behouden. Het behoud van identiteit vereist dat aan twee voorwaarden is voldaan, wil men van overgang van onderneming kunnen spreken. Er moet sprake zijn van een duurzaam georganiseerde economische eenheid, waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt. Deze voorwaarde is niet in geschil. De verwijzende rechter gaat er volgens de A-G van uit dat de exploitatie van de catering en de cafetaria een georganiseerd geheel van personen en elementen betreft, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Het draait in deze zaak vooral om de tweede voorwaarde, name-

lijk of uit andere feitelijke omstandigheden – de Spijkers-criteria – kan worden afgeleid dat er sprake is van behoud van identiteit en dat daarmee de onderneming is voortgezet. De A-G is van mening dat gezien de bijzondere kenmerken van het cateringbedrijf voor het aantonen van het behoud van identiteit vooral moet worden gekeken naar de immateriële activa, de materiële activa en het personeel.¹² De immateriële activa, zoals receptuur, diëten, exploitatieberekeningen en menu's zijn volgens hem in het cateringbedrijf bepalend voor de identiteit en er moet worden vastgesteld dat deze niet zijn overgedragen. De materiële activa zijn niet overgenomen door Sodexho, maar slechts tijdelijk ter beschikking gesteld door de eigenaar ervan, die tevens de opdrachtgever is. Wat het personeel betreft wijst de A-G erop dat de onderhavige zaak een incongruentie tussen wetgeving en rechtspraak illustreert. De wetgeving (Richtlijn 77/187/EG) bepaalt dat de overgang van personeel het gevolg is van overgang van onderneming. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie volgt dat overgang van het personeel juist een oorzaak van overgang van onderneming kan zijn. In een zaak als deze, waarin de identiteit niet louter door de inzet van het personeel wordt bepaald, is het criterium of het personeel wel of niet wordt overgenomen naar het oordeel van de A-G niet bruikbaar, omdat het juist de inzet van het geding voor de nationale rechter is of het personeel had behoren over te gaan.

De feiten kunnen dus niet leiden tot de vaststelling dat sprake is van overgang van onderneming. De A-G concludeert dat het loutere voortzetten van een voorheen door een andere onderneming uitgeoefende activiteit zonder dat er goederen of rechten worden overgedragen, niet gelijkgesteld kan worden met de overgang van een onderneming.

5 De uitspraak van het Hof van Justitie

Ook Sodexho beargumenteerde dat de prejudiciële vraag ontkennend moest worden beantwoord, omdat er sprake was van een onderneming noch van een overgang. Wat het begrip *onderneming* betreft, heeft Sodexho betoogd dat er geen sprake was van een economische eenheid die haar identiteit had behouden nu zij geen enkel personeelslid van Sanrest had overgenomen. Sodexho beriep zich daarbij op de jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin is overwogen dat in sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische eenheid kan

12 De A-G marginaliseert het belang van de klantenkring door er (in r.o. 86) op te wijzen dat het inherent is aan de aard van de cateringdienst in het onderhavige geval dat de klantenkring hetzelfde blijft.

vormen.¹³ Het Hof van Justitie gaat in deze redenering van Sodexho niet mee en betoogt met verwijzing naar de Spijkers-criteria dat catering niet kan worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien daarvoor heel wat uitrusting noodzakelijk is, zoals ruimten, water en energie, en kleine en grote keukenuitrusting. Bovendien, zo oordeelt het Hof, wordt de situatie in casu gekenmerkt door de uitdrukkelijke en essentiële verplichting de maaltijden in het ziekenhuis te bereiden en dus die materiële activa over te nemen. De overdracht van de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimten en uitrusting is in die omstandigheden voldoende om van overgang van een economische eenheid te spreken. Bijgevolg is, aldus nog steeds het Hof, het feit dat de nieuwe ondernemer geen wezenlijk deel van het personeel overneemt niet voldoende om uit te sluiten dat er sprake is van overgang van een eenheid met behoud van haar identiteit in een sector als de cateringsector waar de uitrusting de voornaamste factor bij de activiteit is.

Wat het begrip *overgang* betreft, wijst Sodexho allereerst op de omstandigheid dat zij geen contractuele band had met Sanrest. Het Hof van Justitie maakt hier korte metten mee en verwijst naar de vaste jurisprudentie op dit punt.¹⁴ Voor de toepasselijkheid van Richtlijn 77/187/EG is het niet noodzakelijk dat er een rechtstreekse contractuele band is tussen vervreemder en verkrijger. De richtlijn is reeds toepasselijk telkens wanneer in het kader van contractuele betrekkingen een wijziging plaatsvindt van de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en die verplichtingen aangaat jegens de werknemers van de onderneming. Het verdere betoog van Sodexho dat de omstandigheid dat het ziekenhuis eigenaar blijft van de werkruimten en van de uitrusting die nodig zijn voor het voortzetten van de activiteit zich ertegen verzet dat een wijziging van opdrachtnemer als een overgang van een economische eenheid kan worden beschouwd wordt door het Hof evenmin geaccepteerd. Niet van belang is of de eigendom van de materiële activa is overgedragen. De omstandigheid dat de door de nieuwe ondernemer overgenomen materiële activa geen eigendom van zijn voorganger waren, doch door de opdrachtnemer ter beschikking waren gesteld, kan dus niet leiden tot de conclusie dat er geen sprake is van overgang van onderneming, aldus het Hof.

6 Het ondernemingsbegrip en het gewicht van (im)materiële activa en de factor arbeid

Een van de twee punten waar het in deze zaak om draait, betreft de vaststelling of sprake is van een onderneming die is overgegaan, meer in het bijzon-

¹³ HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen) en HvJ EG 10 december 1998, JAR 1999/16 (Hidalgo).

¹⁴ Zie HvJ EG 7 maart 1996, JAR 1996/169 (Merckx en Neuhuys), HvJ EG 11 maart 1997, JAR 1997/91 (Süzen) en HvJ EG 24 januari 2002, JAR 2002/47 (Temco).

der de vraag of de identiteit van de onderneming is behouden. Daarbij moet beoordeeld worden in hoeverre de Spijkers-factoren als overdracht van (im)materiële activa, de waarde van die activa, en de overdracht van personeel en/of klantenkring, een rol spelen in het licht van de aard van de onderneming. Is de onderneming voornamelijk afhankelijk van de factor arbeid, dan is er geen overgang van onderneming zonder overname van een wezenlijk deel van het personeel. Is de onderneming daarentegen sterk afhankelijk van bepaalde activa, dan zal het gegeven dat deze activa al dan niet zijn overgenomen veel gewicht in de schaal leggen. De A-G en het Hof zijn het erover eens dat cateringactiviteiten niet voornamelijk afhankelijk zijn van de factor arbeid. De op basis van dit uitgangspunt te maken Spijkers-afweging valt echter bij beiden anders uit. De A-G kiest voor een, wat wij zouden noemen, multidimensionale benadering. In zijn afweging valt vooral op dat hij veel belang hecht aan de immateriële activa, die hij mede bepalend acht voor de identiteit van een cateringonderneming. Hiertegen afgezet is de afweging van het Hof als eendimensionaal te typeren: de overgang van keuken en keukenuitrusting is cruciaal. In het Sodexho-arrest past het Hof zijn redenering uit het Liikenne-arrest – geen overgang van essentiële activa, dus geen overgang van onderneming – in feite spiegelbeeldig toe: als essentiële materiële activa wél worden overgedragen, is dat voldoende om te concluderen dat de onderneming haar identiteit heeft behouden. Dit roept wel de vraag op of er na overgang van alleen de materiële activa nog wel gesproken kan worden van een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteit duurzaam kan worden uitgeoefend. Moet niet ook een gelijk gewicht worden toegekend aan de in deze zaak ook een rol spelende immateriële activa en het personeel?¹⁵ Zonder deze factoren kan immers moeilijk van een georganiseerd geheel van elementen worden gesproken waarmee de economische activiteit kan worden uitgeoefend. Kennelijk gaat het Hof hier echter impliciet uit van de premisse dat het personeel meegaat (door toepassing van de richtlijn) en dan is er tezamen met de overgedragen materiële activa toch een georganiseerd geheel van elementen waarmee de activiteit kan worden uitgeoefend.¹⁶ Indien het personeel pas ‘meegewogen’ zou worden als het daadwerkelijk geheel of voor een wezenlijk deel door de nieuwe exploitant van de oude exploitant zou zijn overgenomen, dan zou de toepasselijkheid van de richtlijn door de verkrijger te beïnvloeden zijn. Dat is in strijd met het door het Hof in Sodexho (r.o. 37) nog eens aangehaalde hoofddoel van de richtlijn.

15 P.Th. Mantel stelt in zijn bespreking van het arrest in Arbeid Integraal, februari 2004, p. 2-5, dat het Hof een bredere afweging had moeten maken en daarbij ook de factoren immateriële activa en personeel had moeten betrekken. Hij sluit dan een andere uitkomst niet uit.

16 Als die aanname ook zou gelden in situaties waarin de factor arbeid de doorslag geeft, zou er ook in die sectoren nauwelijks meer aan toepasselijkheid van de richtlijn zijn te ontkomen. Daar heeft het Hof niet voor gekozen, zie Süzen. Hier is dus sprake van een incongruentie.

De benadering van het Hof heeft twee voordelen: 1) de afweging wordt eenvoudiger in die zaken waarin essentiële activa zijn aan te wijzen; 2) het wordt voor partijen in Sodexho-gevallen vrijwel onmogelijk door een uitgekende vormgeving van het cateringcontract de richtlijn te omzeilen. Voor alle duidelijkheid wijzen wij er op dat het beïnvloeden van de toepasbaarheid van de richtlijn niet in alle gevallen van contractwissel in de dienstverleningssector is uitgesloten. Zie het Süzen-arrest: als in een arbeidsintensieve sector als de schoonmaakbranche een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel wordt overgenomen door de nieuwe exploitant is er sprake van overgang van onderneming. Door in deze sectoren geen, althans niet een wezenlijk deel van het personeel over te nemen kan de richtlijn worden ontgaan. Dit blijft problematisch, zoals Davies treffend verwoordt:

‘It is precisely workers who are not skilled and who might be thought to be most in need of the protection of the law (such as cleaners) whom the new employer is most likely to be able to replace by going into the labour market and thereby avoid the application of the Directive (in the case of “activities based essentially on manpower”).’¹⁷

Of deze incongruentie zal worden opgelost dan wel in stand zal worden gehouden, is een volgende vraag voor het Hof.

Na beschouwing van de diametraal tegenover elkaar staande uitkomsten van de door A-G en Hof gemaakte afweging is de conclusie dat de invulling van het begrip ‘identiteit van de onderneming’ toch tamelijk arbitrair is en in elk geval – zo lijkt het – afhankelijk van de overtuigingen van de beoordelaars. Dat is in de Sodexho-uitspraak goed zichtbaar. De A-G is de mening toegedaan dat het Hof zich terughoudend zou moeten opstellen bij contractwisselingen in de dienstensector vanwege het heterogene en dynamische karakter van deze markten en in het licht van de beginselen van de vrije concurrentie.¹⁸ Het Hof geeft op dit punt geen krimp en benadrukt juist het hoofddoel van de richtlijn, te weten bescherming van de werknemers (r.o. 37). Overigens valt er vanuit juridisch oogpunt wel wat af te dingen op het vrije-marktargument van de A-G en met name zijn in verband daarmee gemaakte opmerking dat het in sectoren waar de kwaliteit van de werknemers een belangrijke factor is voor de kwaliteit van de dienstverlening,

17 Davies, *Transfers. The UK Will Have to Make Up Its Own Mind*, p. 234.

18 In de conclusie bij het Temco-arrest heeft A-G Geelhoed deze zienswijze zeer uitgebreid onderbouwd in r.o. 37-40. In de conclusie bij het Sodexho-arrest noemt hij in r.o. 81 kort het punt van de beginselen van vrije concurrentie.

onwenselijk zou zijn als de nieuwe opdrachtnemer altijd geconfronteerd wordt met het personeel van de oude opdrachtnemer. Het komt ons namelijk voor dat de zuivere weg naar een afscheid van slecht of onvoldoende functionerend personeel toch via het ontslagrecht loopt. Weliswaar kan de opdrachtgever van dat instrument geen gebruik maken, maar hij heeft de nodige macht de opdrachtnemer wel tot gebruik van het instrument aan te zetten en desnoods zelfs de toegang tot zijn pand te ontzeggen aan de disfunctionerende werknemer(s).

Toegegeven moet worden dat men bij die zienswijze in de Nederlandse situatie onherroepelijk aanloopt tegen de ruime ontslagbescherming. Het valt in dat verband op dat in het Verenigd Koninkrijk, waar de ontslagbescherming zich op een veel lager niveau bevindt, al geruime tijd wordt bepleit de werking van de TUPE¹⁹ Regulations juist te verruimen waardoor zij ook de Sützen-gevallen zouden gaan bestrijken.²⁰ De Britse regering heeft al in 2001 aangekondigd dat zij nieuwe – ruimere – TUPE Regulations wenst in te voeren.²¹ Met de verruiming beoogt zij mede tegemoet te komen aan de kritiek van ondernemers in de dienstensector, die erover klagen dat onvoldoende voorspelbaar is of bij een bepaalde transactie rekening moet worden gehouden met de consequenties van de TUPE Regulations of niet. Deze rechtsonzekerheid leidt tot zulke hoge kosten dat de gedachte is dat de ondernemers de eventuele nadelen van een ruimer toepassingsbereik voor lief zullen nemen als hier een grotere rechtszekerheid tegenover staat.²²

7 Overname van materiële activa

Het tweede punt van aandacht in de Sodexho-zaak betreft de voor het eindoordeel van het Hof cruciale vaststelling dat Sodexho essentiële materiële activa, te weten de keuken en de daarin aanwezige uitrusting, heeft *overgenomen* van Sanrest. Dat deze vaststelling voor betwisting vatbaar is, volgt reeds uit de hiervoor weergegeven conclusie van A-G Geelhoed, die ook op dit punt van mening verschilt met het Hof. Zijns inziens is er geen sprake van een overname van keuken plus uitrusting door de nieuwe opdrachtnemer.

19 TUPE staat voor: Transfer of Undertakings (Protection of Employment). Met de TUPE Regulations heeft het VK uitvoering gegeven aan de richtlijn overgang van onderneming.

20 Zie Davies, *Transfers. The UK Will Have to Make Up Its Own Mind*, p. 235.

21 In januari 2004 maakte de Britse regering bekend dat zij per 1 oktober 2004 nieuwe TUPE Regulations zou invoeren, maar onlangs is dit voornemen weer bijgesteld: invoering vindt mogelijk pas in 2005 plaats, zie: <www.dti.gov.uk/er/regslit_2004.htm>. Voor het in 2001 verschenen consultatiedocument van de regering over nieuwe TUPE-regels verwijzen wij eveneens naar de website van het Department of Trade and Industry (<www.dti.gov.uk>). Hier zal ook het voor dit voorjaar aangekondigde nieuwe consultatiedocument verschijnen.

22 Zie M. Sargeant, *New Transfer Regulations*, ILJ 2002, p. 43 en 53.

mer, maar van een terbeschikkingstelling van deze activa door de opdrachtgever, het ziekenhuis. Wij begrijpen de redenering van de A-G zo dat hij bedoelt dat de keuken deel uitmaakt van de onderneming van het *ziekenhuis* dat de keuken tijdelijk ter beschikking stelt aan de opvolgende cateraars. De keuken gaat door de terbeschikkingstelling niet tot de onderneming van die *cateraaers* behoren. Dit betekent dat voor het antwoord op de vraag of de identiteit van de onderneming van Sanrest is behouden na de verlening van de opdracht aan Sodexho geen rol kan spelen dat de keuken (plus uitrusting) die voorheen door Sanrest werd gebruikt nu bij Sodexho in gebruik is.

De kwestie waarover Hof en A-G hier van mening verschillen, speelde ook in de zaak Allen, waarin het Hof in 1999 uitspraak heeft gedaan.²³ Het ging hier om de vraag of de overgang van een opdracht tot het verrichten van boorwerkzaamheden in een mijn op een nieuwe opdrachtnemer een overgang van onderneming inhield. Aan het Hof was onder meer de vraag voorgelegd of er overgang van onderneming kon zijn, nu tussen de oude en nieuwe opdrachtnemer geen overgang van gebouwen, directie, infrastructuur, materieel of activa had plaatsgevonden en de meeste belangrijke activa die de vennootschappen voor het boren van de hoofdgangen gebruiken, werden geleverd door een derde partij, namelijk de mijnexploitant. Het antwoord van het Hof is te vinden in r.o. 30 van het Allen-arrest:

‘In het hoofdgeding kan het boren van mijnschachten niet worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt echter, dat het in de mijnbouwsector gebruikelijk is, dat de voornaamste activa die voor de uitvoering van de boorwerkzaamheden nodig zijn, door de mijneigenaar zelf worden verstrekt. Zo heeft AMS (de nieuwe opdrachtnemer) als onderaannemer, over de machines kunnen beschikken die RJB (de opdrachtgever) eerder aan ACC (de oude opdrachtnemer) ter beschikking had gesteld. De omstandigheid dat de eigendom van de voor de exploitatie van de onderneming benodigde activa niet aan de nieuwe exploitant is overgedragen, betekent echter niet, dat er geen sprake kan zijn van een overgang (zie arresten Ny Mølle Kro en Daddy’s Dance Hall, reeds aangehaald en van 12 november 1992, Watson Rask en Christensen, C-209/91, Jurispr. I-5755). Onder die omstandigheden is het feit dat tussen ACC en AMS geen overdracht van activa heeft plaatsgevonden niet van beslissende invloed.’

23 HvJ EG 2 december 1999, JAR 2000/31.

Davies leidt uit deze overweging af dat in het geval dat (essentiële) activa niet worden overgedragen, maar slechts ter beschikking worden gesteld door de opdrachtgever, toch sprake is van een activiteit die voornamelijk afhankelijk is van de factor arbeid (zodat niet de overname van activa, maar de overname van een wezenlijk deel van het personeel bepalend zal zijn voor het antwoord op de vraag of er sprake is van overgang van onderneming).²⁴ Hij leest de laatste zin van de overweging kennelijk zo dat deze de eerste zin opzijzet. Deze lezing van het Allen-arrest is onzes inziens onjuist. Het Hof zegt met de laatste zin van de overweging niet meer dan dat het enkele feit dat de *eigendom* van de essentiële activa niet is overgedragen niet betekent dat er geen overgang van onderneming is. Uit de overweging kan niet worden afgeleid dat de essentiële activa helemaal moeten worden weggepoetst. Mede gelet op de verwijzing naar de drie Deense zaken waarin het ging om opvolgende pachtovereenkomsten (in welk geval niet de juridische, maar wel de economische eigendom van de essentiële activa overgaat) ligt de conclusie meer voor de hand dat het Hof van mening is dat ook het gegeven dat essentiële activa *zonder eigendomsoverdracht* zijn 'overgegaan' op de nieuwe opdrachtnemer relevant kan zijn voor het antwoord op de vraag of er sprake is van overgang van onderneming. Steun voor deze conclusie vinden wij in r.o. 41 en 42 van het Sodexho-arrest, waarin het Hof – onder verwijzing naar de Deense zaken – overweegt dat de omstandigheid dat de door de nieuwe ondernemer overgenomen activa geen eigendom van zijn voorganger waren, doch door de opdrachtgever ter beschikking waren gesteld, niet kan leiden tot de conclusie dat er geen sprake is van overgang van onderneming. In het Allen-arrest is de voorzet gegeven voor het Sodexho-arrest. Waar het Hof in Allen de uitkomst van de afweging nog overliet aan de nationale rechter, hakt het hier de knoop zelf door.

De verwijzing van het Hof naar de Deense zaken over opvolgende pachtovereenkomsten brengt ons op een volgend punt. Voor een pachter geldt dat hij binnen de grenzen van de pachtovereenkomst vrijelijk over de essentiële bedrijfsmiddelen kan beschikken. Daarom is goed verdedigbaar dat de gepachte middelen tot zijn onderneming zijn gaan behoren in de zin van artikel 7:662 BW. In geval van vervanging van de pachter kan dan ook worden gezegd dat de essentiële bedrijfsmiddelen overgaan: zij behoren nu tot de onderneming van de nieuwe pachter. Gaat dit ook op in het geval dat geen sprake is van pacht, maar van loutere terbeschikkingstelling van de essentiële bedrijfsmiddelen door de eigenaar, die zelf beslissingsbevoegd blijft ten aanzien van de wijze waarop de middelen worden aangewend en die ook de exploitatiekosten (zoals de energie- en waterrekening) betaalt?

24 Davies, Transfers. The UK Will Have to Make Up Its Own Mind, p. 233.

Kan dan wel worden gezegd dat de essentiële bedrijfsmiddelen deel zijn gaan uitmaken van de onderneming van de cateraar? In het Sodexho-arrest gaat het Hof aan deze vraag voorbij, hoewel een blik in de Nederlandse en Duitse jurisprudentie laat zien dat een expliciet antwoord op zijn plaats was geweest. De Hoge Raad billijkte in 2001 in het Ebbe en Vloed-arrest²⁵ het oordeel van de rechtbank dat de hernieuwde uitbesteding van de voedingsdienst van een verzorgingstehuis geen overgang van onderneming inhield, omdat de voedingsdienst niet voor eigen rekening en risico van de eerste opdrachtnemer werd gedreven. Het cateringcontract hield hier in wezen niet meer in dan dat de cateraar het personeel voor de voedingsdienst leverde. De exploitatiekosten van de dienst kwamen geheel voor rekening van Ebbe en Vloed, dat ook zeggenschap had over de menucyclus en de inkoop. Van belang is dat ook in deze zaak keuken en keukenuitrusting door de opdrachtgever aan de cateraar ter beschikking werden gesteld. De rechtbank stelde – anders dan het Europese Hof in Sodexho! – vast dat bij het einde van de opdracht geen activa aan de nieuwe opdrachtnemer waren overgedragen. Het Duitse Bundesarbeitsgericht besliste in 1997 in een vergelijkbaar geval dat geen sprake was van overgang van onderneming.²⁶ Sinds dit arrest wordt in Duitsland in geval van terbeschikkingstelling van essentiële activa een onderscheid gemaakt tussen gevallen waarin de gebruiksovereenkomst inhoudt dat de opdrachtnemer vrij is de middelen ten bate van zijn eigen financieel-economische belangen in te zetten (eigenwirtschaftliche Nutzung; hiervan is volgens het BAG bijvoorbeeld sprake in geval van een pachtovereenkomst) en gevallen waarin dit niet zo is.²⁷ Alleen in de eerste categorie gevallen speelt de terbeschikkingstelling van essentiële activa door de opdrachtgever een rol bij de afweging of er overgang van onderneming is of niet.

Hoewel het Europese Hof zich niet heeft uitgelaten over de vraag of de hiervoor weergegeven Nederlandse en Duitse jurisprudentie verenigbaar is met de richtlijn, lijkt impliciet uit het arrest te volgen dat de bakens zullen moeten worden verzet. Van de omstandigheden in Sodexho – voorzover bekend uit het arrest – pleit onzes inziens alleen het gegeven dat de opdrachtnemer aansprakelijk is voor eventuele schade aan de keukenuitrusting voor het standpunt dat de keukenuitrusting voor de toepassing van artikel 7:662 BW deel uitmaakt van de onderneming van de opdrachtnemer.²⁸ Dat is wel erg

25 HR 19 januari 2001, JAR 2002/25 m.nt. Grapperhaus in Ondernemingsrecht 2001, p. 140-141.

26 BAG 11 december 1997, ZIP 1998, p. 663 m.nt. D. Joost in EWir 1998, p. 687.

27 Zie Van Straalen, Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming, p. 83-84.

28 Dat de opdrachtnemer ook verantwoordelijk is voor de reiniging van de keuken achten wij minder relevant: uit de casus blijkt immers dat andere belangrijke exploitatiekosten – de water- en stroomrekening – door de opdrachtgever worden gedragen.

mager, zodat ervan uit kan worden gegaan dat het Hof van een ruime uitleg van het begrip ‘overname van essentiële activa’ uitgaat.²⁹ Die ruime uitleg verdraagt zich niet met de in het Ebbe en Vloed-arrest en de BAG-jurisprudentie aangebrachte nuancerings.

De keuze van het Hof voor een ruime opvatting ten aanzien van de vraag of essentiële activa zijn overgegaan, is goed te begrijpen: het Hof beoogt, zoals wij in onze inleiding al hebben gesteld, zoveel mogelijk duidelijkheid te creëren. Had het Hof de vraag of essentiële activa zijn overgegaan laten afhangen van de vormgeving van het cateringcontract, dan had dit ongetwijfeld aanleiding gegeven tot nieuwe prejudiciële vragen: de praktijk wil immers een antwoord op de vraag waar dan precies de grenzen liggen.³⁰ Bovendien geldt ook hier dat door een ruime uitleg de mogelijkheden voor manipulatie door partijen worden beknot.

De keuze van het Hof voor een ruime uitleg geeft echter ook weer aanleiding tot nieuwe vragen. Zo suggereert Mantel dat het Sodexho-arrest impliceert dat hernieuwde uitbesteding van IT-diensten aan een externe automatiseerder onder de richtlijn valt. In zijn casus worden de diensten verricht vanuit een vaste ruimte bij de klant, met gebruikmaking van door de klant ter beschikking gestelde computers, netwerk en infrastructuur.³¹ Wij zouden menen dat het in dit geval de vraag is of er wel zoveel waarde kan worden gehecht aan ter beschikking gestelde materiële activa, omdat de knowhow die een automatiseerder meebrengt veel belangrijker is: IT is bij uitstek een kennisvak.

8 Conclusie

In de inleiding hebben wij de ontwikkeling van de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie ten aanzien van het begrip ‘overgang van onderneming’ geschetst. Deze ontwikkeling kenmerkt zich door de neiging van het Hof steeds minder aan de rechters van de Lidstaten over te laten en in plaats daarvan zelf knopen door te hakken. Zo weten we sinds het Sodexho-arrest dat catering geen activiteit is die voornamelijk van de factor arbeid afhankelijk is, maar dat bij de weging van de Spijkers-factoren de overname van materiële activa een cruciale rol speelt. Het Hof heeft in dit arrest voorts

29 Deze conclusie wordt gedeeld door Grapperhaus, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 104. In Duitse noten onder het arrest komen Willemsen en Annuss (DB 2004, p. 135) en Schnitker (BB 2004, p. 275) tot dezelfde conclusie. Anders: Diller en Grzyb (EWir 2004, p. 86), die menen dat Sodexho verenigbaar is met de BAG-rechtspraak, omdat vanwege het feit dat schoonmaak van de keuken en schade aan de keukenuitrusting voor rekening komen van de opdrachtnemer ook het BAG hier tot ‘eigenwirtschaftliche Nutzung’ zou hebben geconcludeerd.

30 Zo ook Schnitker, BB 2004, p. 275

31 Mantel, *Arbeid Integraal*, februari 2004, p. 4, noot 16.

duidelijk gemaakt dat de nationale rechter het begrip ‘overname van activa’ ruim dient op te vatten: ook terbeschikkingstelling door de opdrachtgever valt hieronder.

Heeft het Hof nu met dit arrest voor alle contractcateringgevallen de beoogde duidelijkheid geschapen? Wij beschikken niet over een glazen bol, maar durven het niettemin aan hier een schot voor de boeg te lossen. Grapperhaus opperde reeds dat de beslissing in het Sodexho-arrest waarschijnlijk niet ziet op de situatie dat de cateraar gebruikmaakt van de techniek ‘ontkoppeld koken’, omdat in dit geval de maaltijden niet in de keuken van de opdrachtgever worden bereid.³² Terecht laat hij in zijn analyse doorklinken dat er ook hier nog enige ruimte bestaat voor discussie. In Nederland moet immers rekening worden gehouden met de CAO voor de Contractcateringbranche, die de nieuwe opdrachtnemer verplicht de arbeidsplaatsen die na de contractwissel op het project aanwezig zijn aan te bieden aan werknemers van de opdrachtnemer die het contract verliest.³³ Hierbij past de kanteekening dat de CAO niet verplicht tot overname van leidinggevend personeel. Naar onze mening is heel goed denkbaar dat de Nederlandse rechter die met de hierboven geschetste casus wordt geconfronteerd zich tot het Hof in Luxemburg zal wenden met de – prejudiciële – vraag: ‘overgang’ of ‘geen overgang’? Wij laten het antwoord op deze vraag hier in het midden en beperken ons tot de conclusie dat de richtlijn overgang van onderneming nog wel geruime tijd ‘een betrouwbare bron van rechtspraak’³⁴ zal blijven.

E.N. Franx-Schaap en M.L. Lennarts*

32 Zie Grapperhaus, *Ondernemingsrecht* 2004, p. 104.

33 Art. 11 van de CAO voor de Contractcateringbranche 2003-2008, algemeen verbindend verklaard op 7 augustus 2003, te raadplegen op <www.overheid.nl> (onder officiële publicaties).

34 Beltzer, *Over Finse busmaatschappijen: het ondernemingsbegrip revisited*, p. 32.

* Juridisch medewerker Allen & Overy te Amsterdam.