

nen hebben gegeven dat hij niet van plan is het personeel van de eerste ondernemer over te nemen.

Volgens het arrest van het Hof van Justitie van 10 december 1998 in de gevoegde zaken C-127/96, C-229/96 en C-74/97 (*Hernández Vidal e.a.*), moet artikel 1, 1. richtlijn 2001/23/EG aldus worden uitgelegd dat deze richtlijn toepassing kan vinden in een situatie waarin een onderneming die een andere onderneming de opdracht had gegeven haar lokalen schoon te maken, besluit de betrokken overeenkomst te beëindigen en de schoonmaakwerkzaamheden voortaan zelf uit te voeren.

Hieruit volgt kennelijk dat er sprake kan zijn van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1, 1., b) richtlijn 2001/23/EG en artikel 6, tweede lid CAO nr. 32*bis*, in een situatie waarin een opdrachtgever die een dienstverlening bij overeenkomst heeft uitbesteed aan een andere onderneming die daarvoor gebruik maakt van essentiële materiële activa die door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld, besluit de betrokken overeenkomst te beëindigen en dezelfde dienstverlening voortaan zelf uit te voeren, verder gebruik makend van de essentiële materiële activa die voordien aan de opdrachtnemer ter beschikking werden gesteld. De omstandigheid dat de voor de exploitatie gebruikte essentiële materiële activa geen eigendom van de opdrachtnemer waren, maar door de opdrachtgever ter beschikking waren gesteld, kan niet leiden tot de conclusie dat er bij de beëindiging van de overeenkomst geen sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn 2001/23/EG en de CAO nr. 32*bis*.

7. Het arrest dat anders oordeelt, verantwoordt zijn beslissing niet naar recht.

Het onderdeel is gegrond.

OVERIGE GRIEVEN

8. De overige grieven kunnen niet tot ruimere cassatie leiden.

OMVANG VAN DE CASSATIE

9. De vernietiging van de beslissing op de in ondergeschikte orde tegen de eiseres ingestelde vordering van de verweerder dient te worden uitgebreid tot de beslissing op de in hoofdorde tegen de verweerder ingestelde vordering van de verweerder, wegens het noodzakelijk verband dat tussen die beslissingen bestaat.

Dictum

Het Hof,

Vernietigt het bestreden arrest, behalve in zoverre dit het incidenteel beroep van de verweerder ontvankelijk verklaart.

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van het gedeeltelijk vernietigde arrest.

Houdt de kosten aan en laat de beslissing daaromtrent aan de feitenrechter over.

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het arbeidshof te Gent.

(...)

Noot

Insourcing van catering: overgang van onderneming op een bedje van Europese rechtspraak

Johan Peeters¹

I. FEITEN

1. In het geannoteerde arrest verzorgde een hogeschool (verweerder in cassatie) aanvankelijk haar cateringactiviteiten zelf. Na een tijdje werd de maaltijdbedeling aan studenten en personeel op contractuele basis uitbesteed aan een externe cateraar (eiseres in cassatie), die weliswaar gebruik maakte van de daartoe bestemde ruimten en infrastructuur die door de hogeschool ter beschikking werd gesteld. Na beëindiging van de overeenkomst met de cateraar beslist de hogeschool om het restaurant opnieuw in eigen beheer te gaan uitbaten. Het opnieuw zelf exploiteren van een activiteit die voordien was uitbesteed aan een externe dienstverlener, wordt soms aangeduid met de term “insourcing”.

Een werknemer die als gevolg van deze insourcingsoperatie niet overging naar de hogeschool vorderde een opzeggingsvergoeding wegens de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst. Uit het geannoteerde arrest blijkt niet duidelijk welke partij zich op de overgang van onderneming heeft beroepen: de werknemer die zich zowel tot de cateraar als de hogeschool heeft gericht, of de cateraar die op die manier de vordering heeft willen afwentelen op de hogeschool? Wat in elk geval wel duidelijk is, is dat het arbeidshof te Brussel enkel de cateraar tot betaling van een opzeggingsvergoeding heeft veroordeeld na te hebben vastgesteld dat er geen sprake was van een overgang van onderneming van de cateraar naar de hogeschool.

¹ Docent UHasselt en Universiteit Antwerpen, advocaat.

II. EIGENDOMSOVERDRACHT NIET VEREIST

2. Het arbeidshof te Brussel besloot tot de afwezigheid van een overgang van onderneming na te hebben gesteld dat, bij de overdracht van cateringactiviteiten, het voldoende maar vereist is dat de ruimten en de uitrusting die absoluut noodzakelijk zijn voor het bereiden en verstrekken van de maaltijden overgedragen worden. Het arbeidshof stelde echter vast dat in het voorliggende geval geen overdracht van de door de hogeschool ter beschikking gestelde ruimten en uitrusting had plaatsgevonden, en wel omdat klaarblijkelijk niets meer gebeurd was dan dat de hogeschool het gebruiksrecht op de ruimten en de infrastructuur niet langer had toegestaan aan de cateraar nadat zij had beslist om het restaurant terug in eigen beheer te gaan uitbaten. De afwezigheid van eigendomsoverdracht van de voor de activiteit noodzakelijke materiële activa leidde volgens het arbeidshof met andere woorden tot de afwezigheid van een overgang van onderneming.

3. Opdat er sprake is van een overgang van onderneming is vereist dat een economische eenheid, die haar identiteit behoudt, krachtens overeenkomst wordt overgedragen met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijke economische activiteit, als gevolg waarvan een wijziging van werkgever optreedt. Onder een economische eenheid (onderneming of deel daarvan) wordt een georganiseerd geheel van middelen verstaan². Uit deze definitie, die een haast letterlijke omzetting is van artikel 1, 1. richtlijn 2001/23/EG, is geenszins af te leiden dat er slechts sprake kan zijn van een overgang van onderneming als ook het eigendomsrecht van de voor de continuïteit noodzakelijke materiële activa wordt overgedragen. Het Hof van Cassatie besluit m.i. dan ook terecht dat er ook een overgang van onderneming kan zijn in de situatie waarin de overnemer verder gebruik

maakt van de essentiële materiële activa die voordien aan een (vorige) opdrachtnemer ter beschikking werden gesteld, zonder dat een eigendomsoverdracht van die materiële activa plaatsvindt.

Het geannoteerde arrest ligt daarmee volledig in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Uit de vaststaande rechtspraak van dit Hof blijkt immers dat het vooral van belang is of er een wijziging optreedt in de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming exploiteert en die uit dien hoofde werkgeversverplichtingen ten aanzien van de werknemers heeft³. In de arresten *Hernandez Vidal*, *Allen* en *Sodexo* wordt gepreciseerd dat dit betekent dat de omstandigheid dat de eigendom van de voor de exploitatie benodigde activa niet aan de nieuwe exploitant is overgedragen, niet tot de conclusie leidt dat er geen sprake is van een overgang van onderneming⁴. In *Sodexo* ging het trouwens om een situatie die erg gelijkend is met deze die aan de grondslag lag van het geannoteerde arrest. Sodexo betrof de uitbesteding van cateringactiviteiten in een Oostenrijks ziekenhuis, waarbij de keuken en de keukenuitrusting, die voorheen ter beschikking werd gesteld van een eerste cateraar, door het ziekenhuis na een gunningsprocedure ter beschikking gesteld werd van een nieuwe cateraar zonder dat er een eigendomsoverdracht had plaatsgevonden tussen de overdrager en de overnemer⁵. Het Hof van Justitie kwam tot de conclusie dat er wel degelijk sprake was van een overgang van onderneming. Alle benodigde materiële activa, met name de door het ziekenhuis ter beschikking gestelde ruimten, water, energie, de kleine en grote keukenuitrusting werden immers overgenomen (weliswaar zonder eigendomsoverdracht), alsook de vrijwel gehele klantenkring bestaande uit het personeel en de patiënten van het ziekenhuis.

III. WANNEER IS EEN ACTIVITEIT ARBEIDSINTENSIEF?

4. In het bestreden arrest heeft het arbeidshof te Brussel wel terecht gesteld dat, om vast te stellen of aan de voorwaarden voor een overgang van onderneming van een duurzaam georganiseerde economische eenheid is voldaan, rekening gehouden moet worden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken. Meer bepaald dient rekening gehouden te worden met de aard van de betrokken onderneming, de vraag of materiële activa worden overgedragen, de waarde van die activa, de vraag of personeel overgenomen wordt, of de klantenkring wordt overgedragen, alsook met de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen. Het

belang dat evenwel gehecht moet worden aan de diverse criteria verschilt naar gelang van de uitgeoefende activiteit, van de productiewijze of van de bedrijfsvoering in de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan.

Het arbeidshof te Brussel hernam in deze overweging vaststaande rechtspraak van het Hof van Justitie. Concreet betekent één en ander dat in sectoren waarin vooral arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, er sprake is van een overgang van onderneming wanneer de overnemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van

² Art. 6 CAO nr. 32bis.

³ HvJ, nr. 287/86, *Ny Molle Kro*, 1987; HvJ, C-209/91, *Watson Rask en Christensen*, 1992.

⁴ HvJ, C-127/96, C-229/96, C-74/97, *Hernandez Vidal*, 1998; HvJ, C-234/98, *Allen*, 1999; HvJ, C-340/01, *Sodexo*, 2003.

⁵ Zie hierover: J. PEETERS, "Wordt overgang van onderneming het hutsepotje van het Hof van Justitie?" (noot onder HvJ 20 november 2003), *RW* 2004-05, 825-827.

het personeel overneemt. Dit zijn dan de zogenaamd “arbeidsintensieve” sectoren. In sectoren waarin daarentegen materiële activa in essentiële mate bijdragen aan de activiteit, zal meer belang gehecht worden aan de vraag of deze activa al dan niet overgedragen worden. Dit zijn dan niet-arbeidsintensieve sectoren.

Wanneer een activiteit arbeidsintensief is, of net niet, is niet altijd duidelijk en zal hoofdzakelijk afhangen van de feite-

lijke omstandigheden. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie leiden we alvast af dat de schoonmaaksector⁶, de bewakingssector, de thuiszorg voor hulpbehoevenden⁷ en de uitzendsector⁸ tot de zogenaamd arbeidsintensieve sectoren behoren. Catering⁹ en transport¹⁰ zijn dat volgens de rechtspraak echter niet zodat in deze sectoren meer belang gehecht zal worden aan de vraag of er materiële activa overgedragen worden.

⁶ HvJ, C-392/92, *Schmidt*, 1994; HvJ, C-13/95, *Süzen*, 1997; HvJ, C-127/96, C-229/96, C-74/97, *Hernandez Vidal*, 1998; HvJ, C-51/00, *Temco*, 2002.

⁷ HvJ, C-127/96, C-229/96, C-74/97, *Hernandez Vidal*, 1998; HvJ, C-173/96, *Sanchez Hidalgo*, 1998.

⁸ HvJ, C-458/05, *Jouini*, 2007.

⁹ HvJ, C-340/01, *Sodexo*, 2003.

¹⁰ HvJ, C-172/99, *Oy Lükkenne*, 2001.