

RECHTSpraak

JURISPRUDENCE

HOF VAN CASSATIE 7 MEI 2012

OVERDRACHT ONDERNEMING BUITEN FAILLISEMENT

Algemeen – Toepassing CAO 32bis

Overeenkomstig de rechtspraak van het Europees Hof van Justitie kan er kennelijk sprake 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. 32bis, 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. 32bis.

CESSION D'ENTREPRISE HORS INSOLVABILITE

Généralités – Application de la CCT 32bis

Il découle de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qu'il peut manifestement être fait état d'un transfert d'entreprise au sens de l'article 1, 1., b) de la directive 2001/23/CE et de l'article 6, alinéa 2 CCT n° 32bis, lorsque le donneur d'ordre qui a confié une prestation par contrat à une autre entreprise qui utilise à cette fin d'importants éléments d'actifs corporels mis à disposition par le donneur d'ordre, décide de mettre fin à ce contrat, d'assurer désormais lui-même la prestation en cause et d'utiliser les importants éléments d'actifs corporels précédemment mis à la disposition de l'autre entrepreneur. La circonstance que les importants éléments d'actifs corporels mis à disposition pour cette prestation n'appartiennent pas à l'autre entrepreneur mais ont été mis à sa disposition par le donneur d'ordre ne permet pas de conclure qu'en cas de résiliation du contrat, il ne peut être fait état d'un transfert d'entreprise au sens de la directive 2001/23/CE et de la CCT n° 32bis.

Compass Group Belgilux NV / Inrichtende Macht van de Vlaamse Economische Hogeschool VZW en B.V.D.B.

Zet.: E. Forrier (afdelingsvoorzitter), A. Smetryns, K. Mestdagh, verslaggever, M. Delange en A. Lievens (raadsheren)

OM: R. Mortier (advocaat-generaal)

Pl.: Mrs. C. De Baets en W. van Eeckhoutte

I. Rechtspleging voor het Hof

Het cassatieberoep is gericht tegen het arrest van het arbeidshof te Brussel van 22 maart 2010.

Raadsheer K. Mestdagh heeft verslag uitgebracht.

Advocaat-generaal R. Mortier heeft geconcludeerd.

II. Cassatiemiddel

De eiseres voert in haar verzoekschrift een middel aan.

Geschonden wettelijke bepalingen

– de artikelen 1, 1°, 6, eerste en tweede lid en 7 van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32bis van 7 juni 1985

betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement, gesloten in de Nationale Arbeidsraad en algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 25 juli 1985, zoals gewijzigd bij collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32quinquies van 13 maart 2002, gesloten in de Nationale Arbeidsraad en algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 14 maart 2002 (hierna: CAO nr. 32bis);

– de artikelen 1, 1., b) en 3, 1. van de richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het

behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna: richtlijn 2001/23/EG);

– voor zoveel als nodig de artikelen 10 (ex 5) en 249, 3. (ex 189, 3.) van het verdrag van 25 maart 1957 tot oprichting van de Europese Gemeenschappen, goedgekeurd bij de wet van 2 december 1957, gewijzigd bij het Verdrag van Maastricht van 7 februari 1992, goedgekeurd bij de wet van 26 november 1992, in de geconsolideerde versie gesteld door het Verdrag van Amsterdam van 2 oktober 1997, goedgekeurd bij de wet van 10 augustus 1998, gewijzigd door het Verdrag van Nice van 26 februari 2001, goedgekeurd bij de wet van 7 juni 2002 (hierna: EG-Verdrag).

Aangevochten beslissing

Het bestreden arrest verklaart de vordering van tweede verweerder tegen eiseres gegrond en veroordeelt eiseres tot betaling van een opzeggingsvergoeding van 2.119,87 EUR, meer intresten op het nettobedrag, dit na te hebben geoordeeld dat er geen sprake was van een overgang van onderneming van eiseres naar eerste verweerder en dit oordeel op volgende motieven te hebben gegrond (p. 9 t.e.m. 11):

“2.1. Toepasselijkheid van de CAO nr. 32bis

De toegangspoort tot de CAO nr. 32bis en de richtlijnen 77/187 EEG en 2001/23/EG is het bestaan van een ‘overgang’ van onderneming. De CAO nr. 32bis waarborgt inderdaad de rechten van de werknemers in alle gevallen van wijziging van werkgever ingevolge de overgang van een onderneming of een gedeelte van een onderneming krachtens overeenkomst (...).

Vast staat dat hogervermelde richtlijnen van toepassing zijn wanneer, zoals in voorliggende betwisting, een onderneming beslist om activiteiten die zij voorheen had uitbesteed, opnieuw zelf te verrichten (...).

Als overgang van een onderneming wordt beschouwd, de overgang, met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijke economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan (art. 6, tweede lid CAO 32bis, zoals gewijzigd door CAO 32quinquies).

Om vast te stellen of aan de voorwaarden voor een overgang van een duurzaam georganiseerde economische eenheid is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, de vraag of materiële activa als gebouwen en roerende zaken worden overgedragen, de waarde van de materiële activa op het tijdstip van de overdracht, de vraag of de nieuwe ondernemer vrijwel alle personeelsleden overneemt, de vraag of de klantenkring wordt overgedragen, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar

overeenkomen, en de duur van de eventuele onderbreking (...).

De nationale rechter moet bij de beoordeling van de feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, rekening houden met de aard van de betrokken onderneming of vestiging. Het belang dat moet worden gehecht aan de diverse criteria die bepalen of er sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijnen 77/187 en 2001/23, verschilt noodzakelijkerwijze naar gelang van de uitgeoefende activiteit, en zelfs van de productiewijze of de bedrijfsvoering in de betrokken onderneming, vestiging of onderdeel daarvan (...).

Bij activiteiten zoals catering, die niet beschouwd kunnen worden als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien daarvoor heel wat uitrusting nodig is, is het feit dat de nieuwe ondernemer geen wezenlijk deel van het personeel dat de vorige uitbater voor de uitoefening van dezelfde activiteit gebruikte, overgenomen heeft, niet voldoende om uit te sluiten dat er sprake is van een overgang van een eenheid met behoud van haar identiteit in de zin van de richtlijn.

In dergelijk geval zal de overdracht van de door de instelling ter beschikking gestelde ruimten en uitrusting, die absoluut noodzakelijk is voor de bereiding en de verstrekking van de maaltijden aan de studenten en de personeelsleden van de instelling, voldoende zijn om van een overgang van een economische eenheid te spreken (...).

In voorliggende betwisting stelt het hof echter vast dat geen overdracht van de door de instelling ter beschikking gestelde ruimten en uitrusting heeft plaatsgevonden. Klaarblijkelijk is niets meer gebeurd dan dat de onderwijsinstelling aan (eiseres) voor de uitoefening van de cateringactiviteiten de nodige ruimte en uitrusting heeft ter beschikking gesteld, en na de beslissing om zelf deze activiteiten terug uit te voeren, het gebruiksrecht van deze ruimten en uitrusting niet langer heeft toegekend.

In die omstandigheden is er geen overdracht van materiële activa die noodzakelijk zijn voor de uitoefening van de cateringactiviteiten, en evenmin enige overdracht van personeel, zodat er geen sprake is van een overgang van onderneming in de zin van CAO nr. 32bis.”

Grieven

Overeenkomstig artikel 1, 1° CAO nr. 32bis strekt deze CAO ertoe het behoud van de rechten van de werknemers te waarborgen bij overgang van ondernemingen of van een onderdeel van een onderneming, krachtens overeenkomst.

Te dien einde bepaalt artikel 7 van diezelfde CAO nr. 32bis dat de verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten overgaan op de verkrijger.

Deze bepaling stemt overeen met artikel 3, 1. van de richtlijn 2001/23/EG die tot doel heeft, ook bij verandering van eige-

naar van een onderneming, de continuïteit van de arbeidsverhoudingen te waarborgen die in het kader van een economische eenheid bestaan.

Overeenkomstig artikel 6, eerste lid CAO nr. 32bis geldt die verplichting, behoudens nader bepaalde uitzonderingen, bij elke wijziging van werkgever die het gevolg is van een overgang van een onderneming of van een onderdeel van een onderneming.

Onder 'overgang van onderneming' dient, overeenkomstig artikel 6, tweede lid, te worden verstaan 'de overgang, met het oog op de 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'.

Die definitie stemt overeen met de definitie van hetzelfde begrip in artikel 1, 1., b) van de richtlijn 2001/23/EG.

Uit de definitie van het begrip 'overgang van onderneming' in de CAO nr. 32bis en de richtlijn 2001/23/EG en uit de doelstelling van die richtlijn en van die CAO volgt dat de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming afhankelijk is van de vraag of bij de overgang de betrokken eenheid bewaard blijft of van de vraag of de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische eenheid.

Om te bepalen of de betrokken eenheid bewaard blijft of de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische activiteit, moet rekening worden gehouden met een geheel van feitelijke elementen die de betrokken transactie kenmerken, waaronder:

- de aard van de betrokken onderneming of vestiging;
- de vraag of materiële activa zoals 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;
- de vraag of de klantenkring wordt overgedragen;
- de mate van overeenstemming van de activiteiten vóór en ná de overdracht; en
- de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

Eerste onderdeel

Naar gelang de aard van de onderneming krijgt het ene element meer gewicht dan het andere bij de beoordeling van de vraag of de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische eenheid of van de vraag of de eenheid bewaard blijft.

In ondernemingen waar de uitrusting een belangrijker productiefactor is dan de arbeidskracht, zoals bij cateringactiviteiten, is het antwoord op de voormelde vragen positief wanneer de materiële activa worden overgedragen.

Er is sprake van overdracht van materiële activa wanneer aan de nieuwe ondernemer de uitrusting ter beschikking wordt gesteld die noodzakelijk is voor de exploitatie van de onderneming.

De omstandigheid dat die uitrusting geen eigendom was van de oorspronkelijke ondernemer maar deze slechts een gebruiksrecht van de oorspronkelijke opdrachtgever had verkregen, sluit geen overdracht van materiële activa en dus ook geen overgang van onderneming uit. Het volstaat dat de materiële activa ter beschikking worden gesteld van de nieuwe ondernemer of door hem worden gebruikt.

De overdracht van materiële activa is evenmin uitgesloten doordat de oorspronkelijke opdrachtgever, tevens eigenaar van de uitrusting, na beëindiging van de overeenkomst met de oorspronkelijke ondernemer, de betrokken activiteit in eigen beheer uitvoert. De materiële activa komen in dat geval ter beschikking te staan van de oorspronkelijke opdrachtgever.

In casu staat onbetwistbaar vast dat eiseres, die door eerste verweerder gevraagd werd het restaurant van de campus Vlekho uit te baten, de keukenuitrusting ter beschikking kreeg van eerste verweerder. Tevens staat vast dat eerste verweerder, na beëindiging van haar overeenkomst met eiseres, het restaurant zelf in eigen beheer is gaan uitbaten en hiervoor dezelfde lokalen en keukenuitrusting gebruikte.

Het bestreden arrest stelt vast dat catering een activiteit is waar niet de arbeidskracht maar de uitrusting de voornaamste productiefactor is (p. 10, laatste al.) en koppelt hieraan het gevolg dat het "voldoende is" dat de ruimten en uitrusting die absoluut noodzakelijk zijn voor de bereiding en de verstrekking van de maaltijden aan de studenten en het personeel van de instelling worden overgedragen opdat er sprake zou zijn van een overgang van onderneming (p. 11, al. 1).

Het bestreden arrest oordeelt echter dat er geen overdracht is van die ruimten en uitrusting omdat eiseres die activa enkel van eerste verweerder ter beschikking had gekregen en eerste verweerder dat gebruiksrecht niet langer toekende nu zij beslist heeft de keukenactiviteiten in eigen beheer uit te voeren (p. 11, al. 2).

Omdat er volgens het arrest in die omstandigheden geen sprake was van een overdracht van materiële activa die noodzakelijk is voor de uitoefening van de cateringactiviteiten, is er volgens het arrest geen sprake van een overgang van onderneming in de zin van de CAO nr. 32bis en dus ook geen verplichting tot overname van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten.

Door aldus te oordelen, sluit het bestreden arrest de overgang van onderneming door overdracht van materiële activa uit in het geval waarbij de oorspronkelijke ondernemer slechts een gebruiksrecht over de materiële activa beschikte en dat gebruiksrecht niet aan een derde ondernemer wordt overgedragen omdat de oorspronkelijke opdrachtgever beslist heeft de activiteit in eigen beheer uit te voeren, nochtans gebruik makend van diezelfde materiële activa.

Nu de overdracht van materiële activa, als criterium ter beoordeling van de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming, niet afhankelijk is van de vraag of de oorspronkelijke ondernemer al dan niet eigenaar was van de materiële activa evenmin als van de vraag of een nieuwe ondernemer dan wel de oorspronkelijke opdrachtgever de betrokken activiteit voortaan uitvoert, maar wel afhankelijk is van de vraag of de uitrusting verder ter beschikking staat van degene die de activiteit voortaan uitvoert, is het bestreden arrest niet wettig verantwoord en schendt het de artikelen 6, tweede lid van de CAO nr. 32bis en 1, 1., b) van de richtlijn 2001/23/EG, en bij wijze van gevolg ook de artikelen 1, 1°, 6, eerste lid en 7 van de CAO nr. 32bis en 3, 1. van de richtlijn 2001/23/EG. Voor zoveel als nodig, houdt het arrest ook schending in van de artikelen 10 en 249, 3. van het EG-Verdrag, die de lidstaten verplichten de richtlijnen om te zetten en door hun rechtbanken te laten toepassen.

Minstens verzoekt eiseres het Hof om, vooraleer uitspraak te doen over de boven vermelde grief, aan het Europees Hof van Justitie te Luxemburg de prejudiciële vraag te willen voorleggen of een overgang van onderneming in de zin van artikel 1 van richtlijn 2001/23/EG, door overdracht van materiële activa, uitgesloten is wanneer een opdrachtgever die het volledige beheer van de catering voor een hogeschool bij overeenkomst aan een eerste ondernemer had toevertrouwd, deze overeenkomst opzegt en beslist de catering voortaan in eigen beheer uit te voeren, hierbij gebruik makend van de noodzakelijke materiële activa waarvan het gebruiksrecht voorheen aan de eerste ondernemer was verleend.

Tweede onderdeel

Indien er geen sprake zou zijn van een overdracht van materiële activa doordat de materiële activa eigendom zijn van de oorspronkelijke opdrachtgever die voortaan de betrokken activiteit in eigen beheer uitoefent, dan nog is een overgang van onderneming in de zin van de CAO nr. 32bis en van de richtlijn 2001/23/EG niet uitgesloten.

In dergelijk geval waarbij de materiële activa in handen van de opdrachtgever worden gehouden en de overdracht van materiële activa haar beslissende invloed zou verliezen bij het beoordelen van de vraag of de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische eenheid, moet de voormelde vraag immers beoordeeld worden aan de hand van de andere feitelijke elementen (zoals de klanten-

kring, de overeenstemming van de activiteiten, enz.: zie supra).

Ook al stelt het bestreden arrest dat de rechter rekening moet houden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken overeenkomst kenmerken (p. 10, al. 2) en ook al is niet betwist dat eerste verweerster de ruimten en keukenuitrusting in eigen handen hield en houdt (p. 11, al. 2), toch acht het bestreden arrest enkel de overdracht van materiële activa doorslaggevend om te bepalen of er sprake is van een overgang van onderneming.

Het bestreden arrest beperkt zich immers tot het onderzoek of er sprake is van een overdracht van materiële activa en na geoordeeld te hebben dat dit niet zo is, besluit het dat er geen sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de CAO nr. 32bis.

Nergens betreft het arrest de andere feitelijke omstandigheden van de betrokken transactie (beëindiging van de overeenkomst gevolgd door het in eigen beheer nemen van het restaurant door eerste verweerster) bij zijn beoordeling van de vraag of de betrokken eenheid bewaard is gebleven of van de vraag of de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde eenheid.

Door dit na te laten, nadat het nochtans had vastgesteld dat eerste verweerster haar eigen lokalen en keukenuitrusting gewoon terug ter beschikking had genomen en er daarom geen sprake was van een overdracht van materiële activa, is het bestreden arrest niet wettig verantwoord en schendt het de artikelen 6, tweede lid van de CAO nr. 32bis en 1, 1., b) van de richtlijn 2001/23/EG, en bij wijze van gevolg ook de artikelen 1, 1°, 6, eerste lid en 7 van de CAO nr. 32bis en 3, 1. van de richtlijn 2001/23/EG. Voor zoveel als nodig, houdt het arrest ook schending in van de artikelen 10 en 249, 3. van het EG-Verdrag, die de lidstaten verplichten de richtlijnen om te zetten en door hun rechtbanken te laten toepassen.

III. Beslissing van het Hof

Beoordeling

Eerste onderdeel

ONTVANKELIJKHEID

1. De verweerster werpt volgende gronden van niet-ontvankelijkheid van het onderdeel op:

– de ingeroepen overdracht is niet krachtens overeenkomst tot stand gekomen, maar berust op een eenzijdige beslissing van de verweerster, zodat de beslissing van het arrest dat er geen sprake is van een overdracht van onderneming, naar recht verantwoord is en de kritiek van de eiseres geen belang heeft;

– de eiseres voert geen miskennis aan van het algemeen rechtsbeginsel inzake de primauteit van het Gemeenschapsrecht, wijst artikel 1, 1., a) richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de

wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna richtlijn 2001/23/EG), niet als geschonden aan en voert schending aan van de artikelen 10 en 249, 3. EG-Verdrag, terwijl op het ogenblik waarop het arrest is gewezen, de bepalingen van het VWEU van kracht waren.

2. Het arrest steunt zijn beslissing niet op de afwezigheid van een overeenkomst tussen de eiseres en de verweerster.

Het onderzoek van de aangevoerde grond van niet-ontvankelijkheid veronderstelt dat het Hof in de beoordeling van de zaak zelf treedt, waarvoor het overeenkomstig artikel 147 Grondwet niet bevoegd is.

3. De grief verwijt de appelrechters dat zij het begrip “overgang van onderneming” miskennen.

De als geschonden aangewezen artikelen 1, 1., b) richtlijn 2001/23/EG en 6, tweede lid van de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32*bis*, gesloten op 7 juni 1985 in de Nationale Arbeidsraad, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement, algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 25 juli 1985, zoals gewijzigd bij de collectieve arbeidsovereenkomst nr. 32*quinquies*, gesloten op 13 maart 2002 in de Nationale Arbeidsraad en algemeen verbindend verklaard bij koninklijk besluit van 14 maart 2002, (hierna CAO nr. 32*bis*), die dit begrip definiëren, volstaan om tot cassatie te kunnen leiden.

De gronden van niet-ontvankelijkheid moeten worden verworpen.

GEGRONDHEID

4. Krachtens artikel 1, 1^o CAO nr. 32*bis*, strekt deze cao ertoe het behoud van de rechten van de werknemers te waarborgen in alle gevallen van wijziging van werkgever ingevolge de overgang van een onderneming of van een gedeelte van een onderneming krachtens overeenkomst.

Artikel 7 CAO nr. 32*bis* bepaalt dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, 1^o bestaande arbeidsovereenkomsten, door het feit van deze overgang op de verkrijger overgaan.

Overeenkomstig artikel 6, eerste lid CAO nr. 32*bis* is die regeling van toepassing bij iedere wijziging van werkgever die het gevolg is van om het even welke overgang van een onderneming of van een gedeelte van een onderneming, krachtens overeenkomst, met uitsluiting van de gevallen van overname van activa na faillissement.

Volgens het tweede lid van voormeld artikel 6 wordt daarbij

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

De voormelde bepalingen zijn de omzetting van de artikelen 1, 1. en 3, 1. van de richtlijn 2001/23/EG welke een codificatie vormt van de richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 en de richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 die de richtlijn 77/187/EEG heeft herzien.

5. Artikel 1, 1., a) richtlijn 2001/23/EG verklaart deze richtlijn van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

Volgens artikel 1, 1., b) richtlijn 2001/23/EG wordt onder voorbehoud van het bepaalde onder a) in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijke economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan.

Volgens artikel 3, 1. richtlijn 2001/23/EG gaan de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, 1. bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang op de verkrijger over.

6. Zoals het Hof van Justitie van de Europese Unie oordeelt, is de richtlijn 2001/23/EG van toepassing 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 als werkgever verplichtingen aangaat jegens de werknemers van de onderneming.

Volgens de arresten van het Hof van Justitie van 17 december 1987 in de zaak nr. 287/86 (*Ny Mølle Kro*) en 12 november 1992 in de zaak C-209/91 (*Watson Rask en Christensen*) is daarbij niet van belang of de eigendom van de overgenomen materiële activa is overgedragen.

Volgens het arrest van het Hof van Justitie van 20 november 2003 in de zaak C-340/01 (*Abler e.a.*) moet artikel 1, 1. richtlijn 2001/23/EG aldus worden uitgelegd dat deze richtlijn van toepassing is op situaties waarin een opdrachtgever die het volledige beheer van de catering voor een ziekenhuis bij overeenkomst aan een eerste ondernemer had toevertrouwd, deze overeenkomst opzegt en voor dezelfde dienstverlening een nieuwe overeenkomst sluit met een tweede ondernemer, wanneer deze tweede ondernemer 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, ook al zou deze tweede ondernemer te ken-

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.