

**Zaak C-675/21****Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

10 november 2021

**Verwijzende rechter:**

Supremo Tribunal de Justiça (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Portugal)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

27 oktober 2021

**Verzoekster:**

Strong-Charon — Soluções de Segurança, S.A.

**Verweersters:**

2045 — Empresa de Segurança, S.A.

FL

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Hogere voorziening, door de vennootschap Strong-Charon — Soluções de Segurança, S.A. (hierna: „Strong-Charon”) ingesteld bij de Supremo Tribunal de Justiça (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Portugal) tegen het arrest van de Tribunal da Relação (rechter in tweede aanleg, Portugal) waarbij het beroep is toegewezen dat door de vennootschap 2045 — Empresa de Segurança, S.A. (hierna: „2045”) was ingesteld tegen het vonnis van de Tribunal de primeira instancia (rechter in eerste aanleg, Portugal) tot toewijzing van de vordering van FL tegen de vennootschappen 2045 en Strong-Charon, om 2045 te gelasten te erkennen dat de arbeidsovereenkomst van FL naar aanleiding van de overgang van een economische eenheid van Strong-Charon op 2045 aan deze laatste was overgedragen en dat zij derhalve verplicht was alle rechten die FL aan die overeenkomst ontleent, te eerbiedigen.

## Voorwerp en rechtsgrondslag van het verzoek om een prejudiciële beslissing

Dit verzoek om een prejudiciële beslissing strekt ertoe te bepalen of, in de omstandigheden van het hoofdgeding en gelet op 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, alsmede op de rechtspraak van het Hof hieromtrent, al dan niet sprake is van een overgang van een economische eenheid van Strong-Charon op 2045, met de rechtsgevolgen die daaruit voortvloeien voor de situatie van FL als werknemer.

## Prejudiciële vragen

„1. Kan nog steeds worden gesteld dat het ontbreken van een contractuele band tussen elkaar opvolgende dienstverleners een aanwijzing vormt dat er geen overgang in de zin van richtlijn 2001/23/EG heeft plaatsgevonden, hoewel dit feit, net als de overige aanwijzingen, op zichzelf niet van doorslaggevend belang is en niet afzonderlijk mag worden bekeken (arrest van 11 maart 1997, Ayse Süzen, C-13/95, punt 11)?

2. Kan bij een activiteit zoals de particuliere beveiliging van industriële installaties, waarbij de nieuwe dienstverlener slechts één van de vier werknemers die deel uitmaakten van de economische eenheid (en dus niet de meerderheid) heeft overgenomen, in het kader waarvan er geen feitelijke gegevens zijn waaruit kan worden afgeleid dat de werknemer in kwestie over specifieke deskundigheid en kennis beschikt, – wat de conclusie zou rechtvaardigen dat uit het oogpunt van deskundigheid een wezenlijk deel van het personeel aan de dienstverlener is overgedragen –, en waarbij er geen immateriële activa zijn overgegaan, worden besloten dat er geen sprake is van een overgang van een economische eenheid, ook al blijft de klant bepaalde uitrusting (alarmen, intern televisiecircuit, computer) ter beschikking stellen van de nieuwe dienstverlener, rekening houdend met de relatief beperkte economische waarde van de investering die deze uitrusting in de gehele transactie vertegenwoordigt en met het feit dat het economisch gezien niet redelijk zou zijn geweest (arrest van 27 februari 2020, Grafe en Pohle, C-298/18, punt 32) van de klant te eisen om de uitrusting te vervangen?

3. Indien „deze kwestie in concreto door de nationale rechter moet worden beoordeeld in het licht van de door het Hof geformuleerde criteria ([...] arrest van 7 augustus 2018, Colino Siguënza, C- 472/16, EU:C:2018:646, punt 45, [en arrest Grafe en Pohle, punt 27]), alsmede van de door richtlijn 2001/23 nagestreefde doelstellingen, zoals met name uiteengezet in overweging 3 daarvan’, moet dan rekening worden gehouden met het feit dat „richtlijn 2001/23 [...] in het geval van overgang van een onderneming niet alleen [beoogt] de belangen van de werknemers te beschermen, maar [...] een billijk evenwicht [wil] verzekeren

tussen hun belangen en die van de verkrijger' (punt 26 van het arrest ISS Facility Services NV van 26 maart 2020, C-344/18, waarin de reeds in het arrest Alemo-Herron e.a. van 18 juli 2013, C- 426/11, EU:C:2013:521, punt 25, geformuleerde vaststelling wordt overgenomen)?"

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Overweging 3 en artikel 1 van 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

### **Aangevoerde bepalingen van nationaal recht**

Código do Trabalho (Portugees arbeidswetboek), zoals gewijzigd bij Lei n.º 14/2018, de 19 de março (wet nr. 14/2018 van 19 maart 2018), bekendgemaakt in *Diário da República* nr. 55/2018, serie I van 19 maart 2018, in de ten tijde van de feiten geldende versie: artikelen 285 tot en met 287, waarbij richtlijn 2001/23 is omgezet, met name:

„Artikel 285

Gevolgen van de overgang van een onderneming of vestiging

1. In geval van overgang, uit welke hoofde ook, van de onderneming of de vestiging dan wel van een onderdeel van de onderneming of de vestiging dat een economische eenheid vormt, gaan de rechten en verplichtingen van de werkgever in het kader van de arbeidsovereenkomsten met de betrokken werknemers alsmede de aansprakelijkheid voor de betaling van geldboeten die worden opgelegd wegens inbreuken op het arbeidsrecht, over op de verkrijger.

2. Het bepaalde in het vorige lid is eveneens van toepassing in geval van overgang, overdracht of terugname in eigen beheer van de activiteit van een onderneming, vestiging of economische eenheid. In geval van overdracht of terugname in eigen beheer van de activiteit, is de persoon die de onderneming, vestiging of economische eenheid onmiddellijk voordien exploiteerde, hoofdelijk aansprakelijk.

3. Bij de in de leden 1 of 2 bedoelde overgang behouden de aan de verkrijger overgedragen werknemers alle contractuele en verworven rechten, met name hun loon, anciënniteit, beroepscategorie en functies, evenals de verworven sociale voordelen.

[...]

5. Als economische eenheid wordt beschouwd het geheel van georganiseerde middelen dat een productie-eenheid met technisch-organisatorische autonomie

vormt en zijn eigen identiteit behoudt en dat wordt ingezet om een economische hoofd- of nevenactiviteit uit te oefenen.

[...]

## Artikel 286

### Informereren en raadplegen van werknemers en hun vertegenwoordigers

1. De vervreemder en de verkrijger moeten de vertegenwoordigers van de respectieve werknemers of, bij ontstentenis van vertegenwoordigers, de werknemers zelf in kennis stellen van de datum en de redenen van de overgang, de juridische, economische en sociale gevolgen ervan, de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen en de inhoud van de overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger [...].

[...]

3. De in de voorgaande leden genoemde informatie wordt schriftelijk verstrekt, binnen redelijke termijnen in de aanloop naar de overgang en ten minste tien werkdagen vóór de raadpleging zoals bedoeld in het volgende lid.

4. De vervreemder en de verkrijger moeten de vertegenwoordigers van hun respectieve werknemers vóór de overgang raadplegen teneinde een overeenkomst te bereiken over de maatregelen die zij naar aanleiding van de overgang beogen toe te passen op de werknemers, onverminderd de wettelijke en contractuele bepalingen die op dergelijke maatregelen van toepassing zijn.

[...]”

### **Korte beschrijving van de feiten en het hoofdgeding**

- 1 FL behoort tot de beroepscategorie van bewakers, en de twee vennootschappen in kwestie, Strong-Charon en 2045, verlenen particuliere beveiligingsdiensten.
- 2 Strong-Charon heeft FL in dienst genomen als bewaker, met toekenning van anciënniteit vanaf 1 augustus 2003, en heeft hem onder haar leiding en gezag in dienst gehouden tot 31 december 2018.
- 3 Strong-Charon verleende bemande/statische en elektronische beveiligings- en bewakingsdiensten in de installaties van de klant, wat de bewaking en beveiliging van personen, installaties, uitrusting en goederen en toegangscontrole omvatte. Deze dienstverlening werd minstens aangeboden sinds 2004 en werd beëindigd op 31 december 2018, om 24.00 uur.
- 4 Op 16 januari 2017 heeft Strong-Charon FL toegewezen aan de installaties van haar klant António Meireles, S.A. (Fogões Meireles) (hierna: „klant”) om hem

daar zijn taken te laten verrichten. FL maakte bij de uitvoering van zijn taken geen gebruik van installaties of meubelen die eigendom waren van Strong-Charon.

- 5 2045 schreef zich in op een offerteaanvraag voor de verlening van bewakingsdiensten in de installaties van de klant en sloot, nadat zij uit meerdere gegadigden als opdrachtnemer was geselecteerd, met de aanbestedende dienst de met de offerteaanvraag beoogde dienstverleningsovereenkomst, waarvan de uitvoering startte op 1 januari 2019 om 00.00 uur en waarmee zij de eerder door Strong-Charon verrichte activiteit voortzette, met minstens ten dele dezelfde middelen (installaties, meubelen, uitrusting, instrumenten en materiaal) van de klant en met hetzelfde aantal werknemers, van wie er één door Strong-Charon aan 2045 werd overgedragen. De diensten die FL en zijn collega's namens en in het belang van Strong-Charon verleenden, worden momenteel dus namens en in het belang van 2045 verleend door één bewaker die daar reeds voor Strong-Charon werkte en door nog drie andere bewakers.
- 6 De wijze van uitvoering van de werkzaamheden in het kader van de dienstverlening in de installaties van de klant bleven ongewijzigd wat de organisatie en hiërarchisering van de dienst betreft.
- 7 Op 26 december 2018 stelde Strong-Charon FL en zijn vakbondsorganisatie er schriftelijk van in kennis dat er een „overgang van de vestiging bij [de klant]” zou plaatsvinden en dat 2045 zijn „nieuwe werkgever” zou worden. In die schriftelijke kennisgeving werd meegedeeld dat „de bewakingsdiensten die door [Strong-Charon] werden verleend in de installaties van [de klant], met ingang van 1 januari 2019 aan [2045 waren] gegund”, dat „[2045] vanaf die datum de werkgever [zou zijn] overeenkomstig de [artikelen 285 tot en met 287] van de Código do Trabalho” en dat dit „geen belangrijke of wezenlijke gevolgen [zou hebben voor FL], aangezien hem het behoud van al zijn rechten [werd] gewaarborgd, met name het behoud van de anciënniteit, het loon en de beroepscategorie waartoe hij [behoorde]”.
- 8 Voorts deelde Strong-Charon 2045 bij brief van 26 december 2018 mee dat onder meer FL met ingang van 1 januari 2019 werknemer van 2045 zou worden.
- 9 FL is aangesloten bij de Sindicato dos Trabalhadores dos Serviços de Portaria, Vigilância, Limpeza, Domésticos e Profissões Similares e Atividades Diversas (vakbond van werknemers in conciërge-, bewakings-, schoonmaak- en huishoudendiensten en soortgelijke beroepen en diverse activiteiten; hierna: „STAD”).
- 10 Op 1 januari 2019 en de twee dagen daarna ging FL gewoon werken, hoewel 2045 hem niet toeliet zijn taken uit te voeren en hem tot op heden geen werk heeft toegewezen.
- 11 Op 8 januari 2019 vond bij de Direção de Serviços para as Relações Profissionais nas Regiões Norte e Centro (directoraat Diensten voor beroepsbetrekkingen in de regio's Noord en Centrum [...]) een vergadering plaats van de Direção Geral de

Emprego e Relações de Trabalho (directoraat-generaal voor werk en beroepsbetrekkingen [...]), waarop beide vennootschappen en de STAD werden uitgenodigd.

- 12 Tijdens die vergadering bleef Strong-Charon bij haar standpunt dat de vestiging of economische eenheid bij de klant met ingang van 1 januari 2019 was overgegaan op 2045, aangezien 2045 reeds een van de werknemers die voor rekening van Strong-Charon in de installaties van de klant werkte, in haar personeelsbestand had opgenomen en de post van die werknemer aan die klant toegewezen bleef.
- 13 De STAD verdedigde tijdens die vergadering hetzelfde standpunt met betrekking tot FL en zijn collega's in de installaties van de klant en stelde dat „zij recht hebben op het behoud van hun baan, ongeacht het feit dat de onderneming die belast is met de dienst, niet langer dezelfde is (iets waar zij buiten staan), met behoud van alle rechten en voordelen die verbonden zijn aan hun baan, met name het dienstverband, de anciënniteit en het loon”.
- 14 2045 verklaarde de werknemers niet te aanvaarden, in het bijzonder omdat haar naar eigen zeggen niet de positie van werkgever in de respectieve arbeidsovereenkomsten was overgedragen.
- 15 2045 voerde ter staving van die stelling aan „dat het behoud van het werk en de behartiging van de belangen van de werknemers konden worden gewaarborgd via het beginsel van baanroulatie zoals opgenomen in de collectieve arbeidsovereenkomst van de sector”.
- 16 FL schreef samen met andere werknemers een brief met betrekking tot de kennisgeving die hij op 26 december 2018 had ontvangen van Strong-Charon, die hij aangetekend aan 2045 toezond en waarin hij zich volledig bereid verklaarde om de taken te blijven vervullen waarmee hij eerder was belast, om instructies verzocht en om de toestemming om daar te blijven werken, en stelde dat hij wilde werken en ook moest werken om te kunnen overleven, en dat hij zijn ontslag derhalve niet aanvaardde. Hij voegde eraan toe dat hij alle rechten, met inbegrip van de lonen sinds 1 januari 2019, zou opeisen en dat hij nadere instructies afwachtte om weer aan het werk te gaan.
- 17 Op diezelfde datum stuurde FL nog een brief naar Strong-Charon, waarin hij eveneens verwees naar de kennisgeving die hij op 26 december 2018 had ontvangen en waarin hij verklaarde dat hij zich aansloot bij het standpunt van zijn vakbond, de STAD, met betrekking tot de overgang van de vestiging. In die brief deelde hij Strong-Charon mee dat hij weliswaar volledig bereid bleef om zijn arbeidsovereenkomst te blijven uitvoeren in de installaties waaraan hij was toegewezen, onder leiding van 2045, maar alle gerechtelijke stappen zou ondernemen die nodig waren om zijn rechten te verdedigen, hetzij tegen Strong-Charon, hetzij tegen 2045, indien die laatste hem de mogelijkheid om te werken zou blijven ontzeggen.

- 18 Geen van beide vennootschappen stelde FL vanaf 1 januari 2019 te werk. Zij betaalden hem evenmin het loon voor januari 2019, noch enige andere beloning of vergoeding.
- 19 FL bleef en blijft volledig bereid om voor elk van beide vennootschappen te werken.
- 20 Eind januari 2019 betaalden de vennootschappen in kwestie de lonen van de respectieve werknemers zoals gewoonlijk, maar FL betaalden zij niet.
- 21 Beide vennootschappen weigerden het document af te geven dat vereist is om een werkloosheidsuitkering aan te vragen, aangezien Strong-Charon FL naar haar mening niet had ontslagen en 2045 naar haar mening geen enkele arbeidsverhouding met hem had of had gehad.
- 22 De bewakers die voor 2045 werken, en in het bijzonder degenen die door haar aan de installaties van de klant waren toegewezen, staan onder het gezag van een lokale ploegbaas en supervisor die hun werk organiseren, coördineren en erop toe zien, en die op hun beurt rapporteren aan de operationeel manager, op regionaal niveau, en aan de operationeel directeur, op nationaal niveau. Al deze leidinggevenden zijn werknemers in vaste dienst bij 2045, die nooit voor Strong-Charon in de installaties van de klant hebben gewerkt en die nooit eerder activiteiten van de door Strong-Charon aan de installaties van de klant toegewezen bewakers hebben georganiseerd, gecoördineerd of daarop hebben toegezien.
- 23 Het was deze groep werknemers in vaste dienst bij 2045 die met ingang van 1 januari 2019 in de installaties aan de slag ging, al werkten de betrokken werknemers tegelijkertijd ook in de installaties van andere klanten.
- 24 2045 heeft veel werknemers in dienst die bewakingstaken uitvoeren in het kader van dienstverleningscontracten die de vennootschap met talrijke andere klanten in het hele land heeft gesloten en sluit.
- 25 Naast de personele middelen die aan de bewakingsactiviteit in de installaties van de klant zijn toegewezen, gebruiken de bewakers die aldaar hun diensten verlenen materiële activa, zoals uniformen, drukwerk (interne mededelingen, register voor aankomst en vertrek van personen, dienstroosters), zaklampen, mobiele telefoons en, voor de ploegbazen en supervisors, dienstvoertuigen die zij tegelijkertijd ook gebruiken in de installaties waar 2045 diensten verleent aan andere klanten.
- 26 Het bedrijfsvermogen van 2045 bevat daarnaast ook immateriële activa die zij gebruikt in de installaties waar zij haar diensten verleent, zoals licenties, methoden om het werk te organiseren, bedrijfscultuur en gespecialiseerde knowhow die eigen zijn aan de vennootschap en niet aan haar zijn overgedragen door Strong-Charon of door de klant.
- 27 Met het oog op de gunning van voornoemde bewakingsdiensten heeft 2045, naast de eerder genoemde overige werknemers die reeds bij haar in dienst waren en deel

uitmaakten van haar operationele en administratieve structuur, slechts één werknemer overgenomen die eerder als bewaker voor rekening van Strong-Charon werkte, naast nog één andere bewaker. De overige twee bewakers die sinds 1 januari 2019 deel uitmaakten van het team dat aan de installaties van de klant was toegewezen, waren al lang bij 2045 in dienst. Deze bewakers hadden gedurende de looptijd van de met 2045 gesloten overeenkomst taken verricht in installaties van diverse andere klanten.

- 28 Strong-Charon heeft haar activiteiten sinds 1 januari 2019 gewoon voortgezet en doet dat nog steeds, en blijft beveiligingsdiensten verlenen in andere installaties en voor andere klanten.
- 29 Aangezien de arbeidsovereenkomst van FL volgens haar niet was overgedragen, heeft 2045 op 11 januari 2019, als reactie op een mededeling van FL die zij op 7 januari 2019 had ontvangen, aangegeven dat aangezien er geen overgang van een vestiging in de zin van artikel 285 van de Código do Trabalho had plaatsgevonden, FL niet bij haar in dienst was getreden en voor alle wettelijke doeleinden nog steeds in dienst was bij Strong-Charon.
- 30 In antwoord op latere mededelingen van FL heeft 2045 hem opnieuw de informatie verstrekt die zij hem reeds had meegedeeld, zonder het bestaan van enigerlei contractuele arbeidsverhouding met FL of het latere ontslag dat zich volgens FL zou hebben voorgedaan te erkennen. 2045 deelde FL daarom mee dat zij de gevraagde verklaring voor het werkloosheidsfonds niet kon afgeven.
- 31 FL heeft beroepswerkzaamheden uitgevoerd bij andere entiteiten en heeft voor die werkzaamheden, die na 1 januari 2019 van start zijn gegaan, inkomsten ontvangen.

### **Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding**

- 32 FL voert aan dat er een overgang van een economische eenheid heeft plaatsgevonden, met de daaruit voortvloeiende verandering van werkgever, en verzoekt om 2045 te gelasten: a) te erkennen dat haar met ingang van 1 januari 2019 de positie van werkgever in de met Strong-Charon gesloten individuele arbeidsovereenkomst is overgedragen en dat zij derhalve verplicht is om alle uit die overeenkomst voortvloeiende rechten te eerbiedigen, met inbegrip van de anciënniteitsrechten en de overige arbeidsvoorwaarden; b) hem te laten terugkeren naar zijn functie in de installaties van de klant en hem de bij zijn beroepscategorie van bewaker behorende taken toe te wijzen, met zijn gebruikelijke ploegendienstrooster; c) hem 908,76 EUR te betalen, als loon voor de maand januari 2019; d) de overige verschuldigde vergoedingen te betalen, net als wanneer hij zijn taken normaal zou hebben uitgevoerd, van 1 januari 2019 tot zijn terugkeer; e) hem een morele schadevergoeding van 15 000 EUR te betalen, vermeerderd met de wettelijke verdragingsrente van 4 % vanaf de vervaldag van elke vergoeding zoals gevorderd onder c) en d) en vanaf de betekening van het verzoekschrift voor de vordering onder e). Subsidiair, voor het geval er geen



dergelijke overgang heeft plaatsgevonden, verzoekt hij om Strong-Charon te gelasten aan dezelfde vorderingen te voldoen.

- 33 2045 is van mening dat de arbeidsovereenkomst van FL niet is overgedragen, aangezien er geen overgang van een vestiging in de zin van artikel 285 van de Código do Trabalho heeft plaatsgevonden, en dat FL dus niet bij haar in dienst is getreden en voor alle wettelijke doeleinden nog steeds in dienst is bij Strong-Charon.
- 34 Strong-Charon is van mening dat de particuliere beveiligings- en bewakingsdienst in de installaties van de klant een economische eenheid vormt, aangezien deze dienst een geheel van georganiseerde en autonome middelen met een eigen identiteit vormt, die automatisch kan overgaan overeenkomstig artikel 285 van de Código do Trabalho. Zij stelt dat er wel degelijk een overgang tussen de overdragende en de verkrijgende onderneming heeft plaatsgevonden die de continuïteit van het soort dienstverlening heeft verzekerd, met behoud van de gebruikte middelen en overgang van middelen en procedures, waardoor de identiteit van de economische eenheid, te weten de particuliere beveiligings- en bewakingsdienst, behouden bleef. Zij voert aan dat 2045 toen zij de positie van verlener van particuliere bewakings- en beveiligingsdiensten in de installaties van de klant op zich nam, geen vernieuwingen heeft aangedragen of doorgevoerd. Zij besluit dat de individuele arbeidsovereenkomst van FL naar aanleiding van de overgang van deze economische eenheid op 1 januari 2019 werd overgedragen aan 2045, die vanaf die datum de werkgever van FL werd middels een wijziging van rechtswege van de contractuele positie van de werkgever.

#### **Korte uiteenzetting van de motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 35 De vraag die in de onderhavige zaak wordt gesteld, of er al dan niet een overgang van economische eenheid heeft plaatsgevonden, met de bijbehorende rechtsgevolgen, is geregeld in de artikelen 285 en volgende van de Código do Trabalho, waarbij richtlijn 2001/23 in de interne rechtsorde is omgezet. Er moet in dit verband rekening worden gehouden met de manier waarop het Hof die richtlijn heeft uitgelegd in zijn rechtspraak.
- 36 De verwijzende rechter merkt op dat het doorslaggevende criterium voor de toepassing van richtlijn 2001/23 volgens het Hof het bestaan is van een overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt.
- 37 In de onderhavige zaak moet derhalve eerst worden onderzocht of er sprake is van een economische eenheid of entiteit die kon overgaan en, indien dat het geval is, of de overgang heeft plaatsgevonden.
- 38 Overeenkomstig artikel 285, lid 5, van de Código de Trabalho „[wordt] als een economische eenheid [...] beschouwd het geheel van georganiseerde middelen dat een productie-eenheid met technisch-organisatorische autonomie vormt en zijn

eigen identiteit behoudt en dat wordt ingezet om een economische hoofd- of nevenactiviteit uit te oefenen”. Dit begrip moet echter worden uitgelegd in het licht van de rechtspraak van het Hof.

- 39 Deze economische eenheid of entiteit is dus „een georganiseerd geheel van personen en vermogensbestanddelen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend”, waarbij die economische eenheid bovendien duurzaam georganiseerd moet zijn (arrest van 29 juli 2010, UGT, C-151/09, EU:C:2010:452, punten 26 en 27). Het Hof heeft voorts herhaaldelijk verklaard dat „in bepaalde sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, een economische eenheid kan vormen” (arrest UGT, punt 29). Zoals uitdrukkelijk is vermeld in het arrest van 12 februari 2009, Dietmar Klarenberg (C-466/07, EU:C:2009:85), kan de richtlijn bovendien „eveneens [...] worden toegepast in een situatie waarin het overgedragen onderdeel van de onderneming of de vestiging niet als organisatorische eenheid blijft bestaan, op voorwaarde dat de functionele band tussen de verschillende overgegangene productiefactoren wordt gehandhaafd en deze de verkrijger de mogelijkheid biedt om deze productiefactoren te gebruiken om dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten”.
- 40 Er zij op gewezen dat het loutere feit dat een dienstverlener een klant binnenhaalt en dezelfde activiteit voortzet als die welke voordien door een andere dienstverlener werd verricht voor dezelfde klant op zichzelf geen aanleiding geeft tot de overgang van een economische eenheid. Zoals reeds toegelicht in het arrest van 11 maart 1997, Ayse Süzen (C-13/95, EU:C:1997:141, punt 15) „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”, aangezien „een entiteit [...] niet [kan] worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast”. Er moet derhalve worden bepaald of de betreffende entiteit haar identiteit behoudt, „wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie ervan” (arrest van 9 september 2015, Silva e Brito, C-160/14, EU:C:2015:565, punt 25). Daartoe heeft het Hof in zijn uitvoerige rechtspraak een inductieve methode ontwikkeld. Zo moet „bij de vaststelling of aan die voorwaarde is voldaan, [...] rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betreffende transactie kenmerken, waaronder met name 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 overgang, de vraag of vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen, de vraag of de clientèle wordt overgedragen, de mate waarin de vóór en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten” (arrest Silva e Brito, punt 26). Wel moet worden opgemerkt dat het Hof steeds heeft gewezen op de noodzaak van een globale afweging of beoordeling: „deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten volledige onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld”, en dat het

relatieve belang van de aanwijzingen verschilt naargelang van het concrete geval: „het belang dat moet worden gehecht aan de onderscheiden criteria, [verschilt] noodzakelijkerwijs [...] naargelang van de uitgeoefende activiteit en tevens van de productiewijze of bedrijfsvoering in de onderneming, de vestiging of het betreffende onderdeel van een vestiging” (arrest Silva e Brito, C-160/14, punt 27).

- 41 Er zij op gewezen dat het Hof activiteiten heeft onderscheiden waarbij de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn en met betrekking tot dergelijke activiteiten zelfs heeft verklaard dat „de identiteit van een economische eenheid [...] die in wezen op handarbeid berust, niet [kan] worden behouden indien de verkrijger niet het wezenlijke deel van het personeel overneemt” (arrest van 20 januari 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, punt 41).
- 42 Voor activiteiten waarbij uitrusting de voornaamste factor is, is „het feit dat de nieuwe ondernemer geen wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger voor de uitvoering van dezelfde activiteit had ingezet, niet voldoende [...] om uit te sluiten dat sprake is van overgang van een eenheid met behoud van haar identiteit in de zin van richtlijn 2001/23 in een sector als in het hoofdgeding, waar uitrusting de voornaamste factor bij de activiteit is” (arrest van 26 november 2015, ADIF, C-509/14, EU:C:2015:781, punt 41).
- 43 Zo heeft het Hof reeds verklaard dat catering een activiteit is waarbij uitrusting de voornaamste factor is en heeft het hetzelfde vastgesteld ten aanzien van een muziekschool, een onderneming voor het onderhoud van intermodale vervoerseenheden en een onderneming voor busvervoer. Het Hof heeft daarentegen zowel schoonmaak- als beveiligings- of bewakingsactiviteiten aangemerkt als activiteiten waarbij de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn. Hoe dan ook moet worden onderstreept dat alles afhankelijk is van het specifieke geval.
- 44 In de onderhavige zaak is er sprake van een economische entiteit die kan overgaan: de werknemers die de bewaking verzekerden in de installaties van de klant, waarbij zij gebruikmaakten van uitrusting die deels door hun werkgever, deels door de klant ter beschikking werd gesteld, genieten de minimale mate van technisch-organisatorische autonomie die nodig is om van een economische eenheid te kunnen spreken. Er zij aan herinnerd dat het beperkte aantal werknemers waaruit deze eenheid bestond (vier) duidelijk geen belemmering vormt, aangezien het Hof in het bekende arrest van 14 april 1994, Christel Schmidt (C-392/92, EU:C:1994:134), reeds het bestaan heeft erkend van een economische eenheid die uit slechts één werknemer bestond.
- 45 De tegenargumenten die 2045 meent te ontleen aan de Lei da Segurança Privada (wet op de particuliere beveiliging) moeten worden verworpen, daar zij, als zij tot in het extreme zouden worden doorgetrokken, elke vorm van overgang van ondernemingen in deze economische sector onmogelijk zouden maken. Vereist is dat er sprake is van een economische eenheid, en niet dat die eenheid, uit juridisch

oogpunt, onmiddellijk op zichzelf kan opereren. Zo hoeft zij bijvoorbeeld niet over haar eigen licenties of veiligheidsdirecteur te beschikken. Die vereisten zouden niet alleen haaks staan op de doeleinden van de richtlijn, maar zouden bovendien onbegrijpelijk zijn in zaken als deze, waarin moet worden uitgemaakt of er al dan niet sprake is van een overgang van economische eenheid van een beveiligingsonderneming op een andere beveiligingsonderneming.

- 46 Als in de onderhavige zaak de voornoemde inductieve methode wordt toegepast, zijn er in de eerste plaats aanwijzingen dat de clientèle is overgenomen, dat de verrichte activiteiten overeenstemmen en dat er tussen de activiteiten van de ene dienstverlener en die van de volgende dienstverlener geen grote tijdruimte zit.
- 47 Volgens een deel van de rechtsleer mag bij deze opvolging van dienstverleners voor dezelfde klant geen rekening worden gehouden met deze aanwijzingen, net zomin als in het geval van „re-internalisering”. Het moge duidelijk zijn dat de klant dezelfde is en dat de verrichte activiteit, te weten de beveiliging van de installaties, soortgelijk is. Zoals advocaat-generaal Poiares Maduro aangaf in zijn conclusie van 16 juni 2005 in de gevoegde zaken C-232/04 en C-233/04, EU:C:2005:395, punt 39, is het „wanneer tussen een opdrachtgever en opvolgende dienstverleners identieke dienstverleningsovereenkomsten zijn gesloten, [...] bijzonder lastig de contouren van de over te dragen economische eenheid te bepalen, omdat talloze elementen van deze eenheid contractueel zijn vastgelegd. Zo is het inherent aan de aard van een in het kader van een aanbesteding gesloten overeenkomst, dat in het klantenbestand van de dienstverlener geen wijziging optreedt. Voorts vormen de ter beschikking gestelde middelen voor de opvolgende dienstverleners een constante in de vergelijking bij het uitbrengen van een offerte, evenals bijvoorbeeld de plaats waar de dienst moet worden verricht of, in het geval van Securicor en Kötter, de infrastructuur van de luchthaven Düsseldorf. De bedrijfsmiddelen die door de opdrachtgever ter beschikking worden gesteld, zullen namelijk alle door de opvolgende dienstverleners worden gebruikt, aangezien zij op dit punt geen keus hebben. Anders gezegd, de ter beschikking gestelde middelen vallen buiten de controlesfeer van de elkaar opvolgende dienstverleners en kunnen bijgevolg niet geacht worden deel uit te maken van een over te dragen organisatorische eenheid.” Hoewel een deel van de rechtsleer overeenkomstig deze verklaring stelt dat bijvoorbeeld het behoud van het klantenbestand in deze gevallen geen autonome betekenis heeft, lijkt het Hof deze aanwijzing onder meer in het arrest van 20 november 2003, Carlito Abler (C-340/01, EU:C:2003:629, punt 36), wel degelijk in aanmerking te hebben genomen: „het [is] duidelijk dat de nieuwe opdrachtnemer onvermijdelijk vrijwel de gehele klantenkring van zijn voorganger heeft overgenomen, aangezien deze klanten geen ander cateringbedrijf kunnen kiezen”.
- 48 Hoewel het belang van deze aanwijzingen derhalve niet volkomen kan worden ontkend, moet er evenwel rekening mee worden gehouden dat zij van secundair belang zijn in zaken zoals de onderhavige zaak, die betrekking heeft op een opvolging van dienstverleners voor dezelfde klant.

- 49 Nu moet worden nagegaan of er materiële activa zijn overgedragen. Zoals bekend is het volgens vaste rechtspraak van het Hof niet nodig dat er enige eigendomsoverdracht plaatsvindt, aangezien het voor de werking van deze aanwijzing volstaat dat aan de nieuwe dienstverlener het gebruik van bepaalde uitrusting ter beschikking wordt gesteld, bijvoorbeeld door de klant zelf. Dat was bijvoorbeeld het geval in de zaak die tot het arrest Carlito Aber heeft geleid, hoewel in dat arrest dienaangaande geen onderscheid werd gemaakt tussen installaties en uitrusting. Zoals later werd vastgesteld in het arrest CLECE en het arrest van 19 oktober 2017, Securitas (C-200/16, EU:C:2017:780), moet echter een onderscheid worden gemaakt tussen installaties en uitrusting. Als rekening moet worden gehouden met de omstandigheid dat dezelfde dienst (bijvoorbeeld beveiliging) in dezelfde installaties (bijvoorbeeld de installaties van de onderneming van de klant, zoals het geval is voor de beveiliging en bewaking van die installaties) wordt verricht, heeft dat immers tot gevolg dat de doorstart gelijk zou staan aan een overgang van economische eenheid, wat zoals reeds gezegd niet het geval kan zijn.
- 50 In de onderhavige zaak zijn er materiële activa overgedragen, aangezien bepaalde uitrusting die de klant aan de eerste dienstverlener ter beschikking had gesteld, eveneens ter beschikking werd gesteld aan de tweede, zonder dat daartoe sprake hoeft te zijn van een eigendomsoverdracht, zoals het Hof heeft herhaald. Het oordeel in het arrest Securitas dat „artikel 1, lid 1, onder a), van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat onder het begrip ‚overgang van ondernemingen [of] vestigingen’ in de zin van die bepaling een situatie valt waarin een opdrachtgever de met een onderneming gesloten overeenkomst voor het verrichten van diensten van bewaking van zijn installaties heeft opgezegd en vervolgens voor het verrichten van deze werkzaamheden een nieuwe overeenkomst heeft gesloten met een andere onderneming, die weigert de werknemers van eerstgenoemde onderneming over te nemen, wanneer de uitrusting die noodzakelijk is voor het verrichten van die werkzaamheden werd overgenomen door de tweede onderneming” mag niet uit zijn context worden gehaald en neemt niet weg dat een alomvattende afweging of beoordeling van alle aanwijzingen moet worden gemaakt, hetgeen overigens is bevestigd in latere arresten (zoals het arrest van 27 februari 2018, Grafe en Pohle, C-298/18, EU:C:2020:121, punt 24). Hoewel deze aanwijzing op zichzelf niet als doorslaggevend mag worden beschouwd, pleit zij wel voor het bestaan van een overgang van economische entiteit.
- 51 Voorts moet worden nagegaan of de nieuwe dienstverlener een wezenlijk deel van het personeel van de voorgaande dienstverlener in de betrokken economische entiteit heeft overgenomen. Er zij op gewezen dat niet alleen het aantal overgedragen werknemers meespeelt. Zoals bijvoorbeeld in het arrest van 11 juli 2018, Somoza Hermo en Iluni3n Seguridad (C-60/17, EU:C:2018:559, punt 34), is verklaard, moet worden nagegaan of de nieuwe dienstverlener „een wezenlijk deel – naar aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet”. Het is immers mogelijk dat de nieuwe dienstverlener niet de meerderheid van het personeel overneemt, maar

desalniettemin werknemers overneemt die vanwege hun specifieke deskundigheid en kennis van wezenlijk belang zijn in de betrokken economische eenheid en essentiële functies vervullen.

- 52 Vooreerst moet worden benadrukt dat de vaststelling in de bestreden beslissing dat „er geen arbeidsovereenkomst is overgedragen, aangezien de bewaker die voordien bij [Strong-Charon] werkte een nieuwe arbeidsovereenkomst met verzoekster heeft gesloten” ongegrond is. Wat in deze fase moet worden nagegaan om te bepalen of er al dan niet een overgang heeft plaatsgevonden, is of een meerderheid dan wel een wezenlijk deel van het personeel voor de nieuwe dienstverlener is blijven werken. Indien dat het geval is en indien op basis van alle aanwijzingen kan worden gesteld dat er een overgang heeft plaatsgevonden, moet – gelet op het bindende karakter van de wettelijke regeling inzake overgang – worden besloten dat er sprake is van een voortzetting van een reeds bestaand dienstverband.
- 53 Is in de onderhavige zaak echter een meerderheid of een wezenlijk deel van het personeel behouden? In deze zaak kan op basis van de bewezen geachte feiten niet worden geconcludeerd dat dit het geval is: de nieuwe dienstverlener heeft slechts één van de vier werknemers in kwestie overgenomen (en dus niet de meerderheid), en er zijn geen feitelijke gegevens op basis waarvan kan worden besloten dat de werknemer in kwestie over specifieke deskundigheid of kennis beschikt, wat de conclusie zou rechtvaardigen dat een wezenlijk deel van het personeel bij de nieuwe dienstverlener in dienst is getreden.
- 54 Op basis van de feiten die de Tribunal da Relação bewezen acht, kan – in tegenstelling tot wat in eerste aanleg werd geoordeeld – niet worden besloten dat er een overgang van gespecialiseerde kennis of andere immateriële activa op de nieuwe dienstverlener heeft plaatsgevonden. Het is niet aangetoond dat die dienstverlener profijt heeft getrokken uit de kennis van technieken en procedures van de voorgaande dienstverlener, en het feit dat voor een soortgelijke organisatie van het werk is gekozen, zelfs met hetzelfde aantal bewakers, volstaat als zodanig niet om aan te tonen dat er immateriële activa zijn overgedragen.
- 55 Voorts moet erop worden gewezen dat, hoewel het feit dat er geen contractuele band bestaat tussen de opeenvolgende dienstverleners volgens het arrest Ayse Süzen niet uitsluit dat er sprake is van overgang, het ontbreken van die band op zichzelf wel een aanwijzing vormt dat er geen overgang heeft plaatsgevonden. In de recentere rechtspraak van het Hof is echter niet verwezen naar deze aanwijzing.
- 56 Strong-Charon voert aan dat voor een teleologische uitlegging moet worden gekozen, waarin het belang van de werknemers bij de voortzetting van het dienstverband in alle gevallen prevaleert. Hoewel het Hof in het arrest Grafe en Pohle (punt 27) heeft verklaard dat „deze kwestie in concreto door de nationale rechter moet worden beoordeeld in het licht van de door het Hof geformuleerde criteria (zie in die zin arrest van 7 augustus 2018, Colino Siguënza, C- 472/16, EU:C:2018:646, punt 45), alsmede van de door richtlijn 2001/23 nagestreefde

doelstellingen, zoals met name uiteengezet in overweging 3 daarvan”, staat vast dat die richtlijn „in het geval van overgang van een onderneming [...] niet alleen de belangen van de werknemers [beoogt] te beschermen, maar [...] een billijk evenwicht [wil] verzekeren tussen hun belangen en die van de verkrijger” (punt 26 van het arrest ISS Facility Services NV, waarin de vaststelling uit het arrest van 18 juli 2013, Alemo-Herron, C- 426/521, EU:C:2013:521, punt 25, wordt overgenomen). Het is dus niet duidelijk of bij deze teleologische uitlegging thans ook rekening moet worden gehouden met het belang van de verkrijger.

- 57 Het is derhalve dienstig het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over artikel 1 van richtlijn 2001/23.

WERKDOCUMENT