

RECHTSPRAAK

Overgang van onderneming ondanks niet overnemen van bussen bij concessiewisseling busvervoer.*Feiten*

SBN exploiteerde sinds 1 augustus 2008 in opdracht van de Landkreis Oberspreewald-Lausitz (district Oberspreewald-Lausitz, Duitsland) het openbaar vervoer per bus toen dit district in september 2016 voor de betrokken vervoersdiensten een nieuwe aanbesteding uitschreef. SBN heeft van inschrijving afgezien omdat zij van oordeel was geen economisch haalbare offerte te kunnen indienen. SBN heeft haar bedrijfsactiviteiten beëindigd en haar werknemers ontslag aangezegd. De opdracht om het openbare busvervoer te verzorgen is met ingang van 1 augustus 2017 gegund aan Kraftverkehrsgesellschaft Dreiländereck mbH. Voor het verrichten van die diensten heeft deze onderneming de volledige dochteronderneming OSL opgericht. OSL heeft het merendeel van de chauffeurs en van het leidinggevend personeel van SBN in dienst genomen. In april 2017 heeft Kraftverkehrsgesellschaft Dreiländereck aan SBN meegedeeld dat zij niet van plan was de bussen, depots en andere bedrijfsinstallaties van SBN te kopen of te huren, of gebruik te maken van haar servicediensten. Grafe, voormalig ploegbaas bij SBN, is op 1 september 2017 als chauffeur in dienst getreden bij OSL, die hem in de laagste schaal van de toepasselijke collectieve arbeidsovereenkomst heeft ingedeeld omdat zij de vroegere gewerkte periodes van de betrokkene niet erkent. In deze context verzet Grafe zich tegen het ontslag door SBN en eist hij dat OSL bij zijn inschaling rekening houdt met zijn vroegere dienstjaren bij SBN. Deze verzoeker in het hoofdgeding en zijn vorige werkgever zijn van mening dat de arbeidsovereenkomst van betrokkene is overgegaan op OSL in het kader van een overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG.

Pohle, eveneens voormalig ploegbaas bij SBN, verzoekt betaling van de ontslagvergoeding. SBN stelt zich op het standpunt dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is overgegaan op OSL. Met zijn twee vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een economische eenheid in het kader van een overname van een activiteit volgens een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht de bedrijfsmiddelen die eigendom waren van de economische eenheid die deze activiteit voordien uitoefende, niet overneemt (Finse Bussen-arrest), een beletsel vormt voor de kwalificatie van deze transactie als een overgang van onderneming.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Overgang van onderneming: behoud van identiteit

Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het beslissende criterium om vast te stellen of er sprake is van een dergelijke overgang, de omstandigheid is dat de economische eenheid haar identiteit behoudt, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie. Bij de vaststelling of aan die voorwaarde is voldaan, moet 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 de meerderheid van het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen, de vraag of de clientèle wordt overgedragen, de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Deze omstandigheden zijn evenwel slechts deelaspecten van de vereiste alomvattende beoordeling en mogen derhalve niet los van elkaar worden beoordeeld.

(Geen) Overdracht van bussen

In antwoord op de vraag of er sprake was van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1 lid 1 Richtlijn 77/187/EEG heeft het Hof in punt 39 van het arrest van 25 januari 2001, *Liikenne* (C-172/99, ECLI:EU:C:2001:59), allereerst benadrukt dat busvervoer niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist. Het Hof heeft daaraan toegevoegd dat het feit dat voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer zijn overgedragen, dan ook een omstandigheid is waarmee rekening moet worden gehouden voor de kwalificatie als overgang van onderneming. In punt 42 van dat arrest heeft het Hof vervolgens geoordeeld dat materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan die activiteit, zodat het feit dat er geen overgang van dergelijke, voor de goede werking van de betrokken eenheid onontbeerlijke activa van de vorige naar de huidige opdrachtnemer heeft plaatsgevonden, tot de conclusie moet leiden dat de eenheid haar identiteit niet heeft behouden. In punt 43 van dat arrest heeft het Hof ten slotte geconcludeerd dat Richtlijn 77/187/EEG in een situatie als in die zaak aan de orde was, niet van toepassing is wanneer er geen materiële activa van enig belang van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer zijn overgedragen. Aangezien het Hof in punt 39 van het arrest *Liikenne* heeft benadrukt dat het feit dat er voor de exploitatie van de betrokken buslijnen geen materiële activa van de vorige naar de nieuwe opdrachtnemer waren overgedragen, een omstandigheid was waarmee rekening moest worden gehouden, kan daaruit niet worden afgeleid dat de overname van de bussen in abstracto moet worden beschouwd als de enige bepalende factor bij een overgang van onderneming waarvan de activiteit bestaat in het openbaar vervoer per bus. Teneinde te bepalen of het feit dat er geen bedrijfsmiddelen, namelijk bussen, zijn overgedragen een beletsel vormt voor de kwalificatie als overgang van onderneming, moet de verwijzende rechter bijgevolg rekening houden met de specifieke omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak.

Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dienaangaande dat het voor de onderneming waaraan de opdracht is gegund en die de door de aanbestedende dienst opgelegde nieuwe technische en milieunormen met betrekking tot de bedrijfsmiddelen wil naleven, zowel uit economisch als juridisch oogpunt niet mogelijk was om de bedrijfsmiddelen over te nemen van de onderneming die voorheen opdrachtnemer was van de in het hoofdingang aan de orde zijnde opdracht voor openbaarvervoersdiensten. Economisch gezien is het voor een nieuwe exploitant immers niet redelijk om een bestaande vloot bussen over te nemen die bestaat uit voertuigen die niet bruikbaar zijn doordat zij ouder zijn dan voor de exploitatie is toegestaan en niet voldoen aan de door de aanbestedende dienst opgelegde vereisten. Anders gezegd, de beslissing van de nieuwe exploitant om de bedrijfsmiddelen van die onderneming niet over te nemen is ingegeven door externe vereisten, terwijl, zoals de advocaat-generaal in punt 54 van haar conclusie heeft opgemerkt, niets in de uiteenzetting van de feiten in de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest *Liikenne* erop wijst dat dit in die zaak het geval was. Uit de informatie van de verwijzende rechter blijkt overigens dat de onderneming die voorheen opdrachtnemer was van de in het hoofdingang aan de orde zijnde opdracht voor openbaarvervoersdiensten, gelet op de door de aanbestedende dienst opgelegde technische en milieunormen, zelf verplicht zou zijn geweest om haar bedrijfsmiddelen in de nabije toekomst te vervangen, indien zij voor deze opdracht een inschrijving had ingediend en de opdracht haar was gegund. In deze context vormt het feit dat er geen bedrijfsmiddelen zijn overgedragen, voor zover dit het gevolg is van wettelijke, technische of milieurequirements, niet noodzakelijkerwijs een beletsel voor de kwalificatie van de overname van de betrokken activiteit als 'overgang van onderneming' in de zin van artikel 1 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.

In dit verband moet er in de eerste plaats op worden gewezen dat uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de nieuwe exploitant in wezen dezelfde busvervoersdienst verzorgt als de vorige onderneming, alsook dat die niet is onderbroken en waarschijnlijk grotendeels op dezelfde lijnen en voor dezelfde passagiers wordt geëxploiteerd. In de tweede plaats benadrukt de verwijzende rechter dat de aanwezigheid van ervaren buschauffeurs in een plattelandsgeregione als Oberspreewald-Lausitz doorslaggevend is om de kwaliteit van de betrokken openbaarvervoersdienst te waarborgen. Hij wijst er met name op dat zij voldoende kennis moeten hebben van de lijnen, de dienstregelingen in het bestreken gebied en de tariefregelingen, alsmede van de andere regionale buslijnen, spoorweglijnen en bestaande verbindingen, teneinde niet alleen vervoersbewijzen te kunnen verkopen, maar ook de passagiers de informatie te kunnen verstrekken die zij nodig hebben om hun geplande reis te kunnen maken.

Conclusie

Gelet op alle voorgaande overwegingen moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat artikel 1 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat het feit dat een economische eenheid in het kader van een overname, volgens een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, van een activiteit waarvan de uitoefening aanzienlijke bedrijfsmiddelen vereist, die bedrijfsmiddelen – die eigendom zijn van de economische eenheid die deze activiteit voorheen uitoefende – niet overneemt wegens door de

aanbestedende dienst opgelegde wettelijke, technische en milieueisen, niet noodzakelijkerwijs een belemmering vormt voor de kwalificatie van deze overname van bedrijfsactiviteiten als overgang van onderneming, voor zover op grond van andere feitelijke omstandigheden, zoals de overname van de meerderheid van het personeel en de voortzetting, zonder onderbreking van die activiteit, kan worden vastgesteld dat de identiteit van de betrokken economische eenheid behouden is, hetgeen de verwijzende rechter dient te beoordelen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 27-02-2020

ECLI: ECLI:EU:C:2020:121

Zaaknummer: C-298/18

Rechters: M. Vilaras, S. Rodin, D. Šváby, K. Jürimäe en N. Piçarra

Wetsartikelen: 7:662 BW