



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Niet overnemen van bussen staat niet in de weg aan overgang van onderneming

Doorn, H.L.; Zwemmer, J.P.H.

**Publication date**

2020

**Document Version**

Final published version

**Published in**

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Doorn, H. L., & Zwemmer, J. P. H. (2020). Niet overnemen van bussen staat niet in de weg aan overgang van onderneming. 90. Case note on: HvJ EU, 27/02/20, C-298/18, ECLI:EU:C:2020:121 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 29(5), 845-852.

**General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

**Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## 90

**Niet overnemen van bussen staat niet in de weg aan overgang van onderneming**

Hof van Justitie EU

27 februari 2020, nr. C-298/18,

ECLI:EU:C:2020:121

(mr. Vilaras, mr. Rodin, mr. Šváby, mr.

Jürimäe, mr. Piçarra)

Noot mr. H.L. Doorn, mr. dr. J.P.H. Zwemmer

**Overgang van onderneming in openbaar vervoer. Bussen niet overgenomen in verband met milieu- en technische eisen. Groep chauffeurs als economische eenheid.**

[Richtlijn 2001/23/EG art. 1 lid 1]

*SBN exploiteerde sinds 1 augustus 2008 in opdracht van de Landkreis Oberspreewald-Lausitz, Duitsland, het openbaar vervoer aldaar. In 2016 heeft het Landkreis een nieuwe aanbesteding uitgeschreven. SBN heeft daarop niet ingeschreven, heeft haar activiteiten beëindigd en de werknemers ontslagen. Per 1 augustus 2017 is de opdracht tot het verzorgen van het busvervoer verleend aan OSL. OSL heeft het merendeel van de chauffeurs en van het leidinggevend personeel van SBN in dienst genomen. Zij heeft geen bussen of andere bedrijfsmaterialen overgenomen. Buschauffeur Grafe is bij OSL in dienst gekomen, maar tegen slechtere arbeidsvoorwaarden dan bij SBN. Pohle is niet door OSL overgenomen. De Duitse rechter vraagt zich af of er in dit geval sprake is van overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG.*

*Het Hof overweegt dat het in de zaak Liikenne heeft benadrukt dat busvervoer een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist, zodat het niet overnemen van bussen tot de conclusie leidt dat geen sprake is van overgang van onderneming. Het hof heeft in Liikenne echter niet geoordeeld dat het niet overnemen van de bussen de enige bepalende factor was. Dit zou ook in strijd zijn met het uitgangspunt dat de rechter bij de beoordeling van een overgang van onderneming rekening moet houden met alle relevante omstandigheden van de bij hem aanhangige zaak. In*

*deze zaak is relevant dat OSL de bussen niet heeft overgenomen omdat die niet voldoen aan de door het Landkreis opgelegde wettelijke, technische en milieueisen. De beslissing om geen activa over te nemen is dus, anders dan in Liikenne, ingegeven door externe omstandigheden. Daarnaast zijn er andere omstandigheden die relevant zijn, zoals dat OSL zonder onderbreking de busvervoersdienst heeft voortgezet die SBN eerder verzorgde en dat OSL het merendeel van de chauffeurs heeft overgenomen. Dit laatste is met name van belang nu de verwijzende rechter heeft benadrukt dat de aanwezigheid van ervaren buschauffeurs in een plattelandsregio als hier aan de orde doorslaggevend is voor het kunnen waarborgen van de kwaliteit van de openbaarvervoersdienst. Het is aan de verwijzende rechter om aan de hand van al deze omstandigheden te beoordelen of sprake is van overgang van onderneming.*

*NB. In Liikenne («JAR» 2001/68, m.nt. Beltzer) overwoog het HvJ EU dat in een sector waarin materiële activa in belangrijke mate bijdragen aan de uitgeoefende activiteit, het niet overdragen van die activa duidt op de afwezigheid van overgang van onderneming. In latere uitspraken heeft het Hof het verschil tussen kapitaalintensieve en arbeidsintensieve sectoren genuanceerd. Er lijkt nu meer sprake van een glijdende schaal. Zie bijv. «JAR» 2016/19, m.nt. Haanappel (Adif) en «JAR» 2019/150, m.nt. Kanen (Banka Koper).*

*Reiner Grafe,*

*Jürgen Pohle,*

*tegen*

*Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH,*

*OSL Bus GmbH.*

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 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 daarvan (PB 1977, L 61, blz. 26).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Reiner Grafe en Jürgen Pohle, enerzijds, en Südbrandenburger Nahverkehrs GmbH (hierna: "SBN") en OSL Bus GmbH (hierna:

“OSL”), anderzijds, over de rechtmatigheid van hun ontslag door SBN.

#### *Toepasselijke bepalingen*

3. Bij 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 (PB 2001, L 82, blz. 16), in werking getreden op 11 april 2001, is – zoals in overweging 1 ervan wordt bepaald – overgegaan tot codificatie van richtlijn 77/187.

4. Overweging 3 van richtlijn 2001/23 luidt als volgt: “Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.”

5. In overweging 8 van die richtlijn is bepaald: “Het begrip overgang moet ter wille van de rechtszekerheid en de juridische transparantie verduidelijkt worden in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Een dergelijke verduidelijking vormt geen wijziging van de werkingssfeer van richtlijn [77/187] zoals uitgelegd door het Hof van Justitie.”

6. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 bepaalt:

“a) Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

b) Onder voorbehoud van het bepaalde onder a) en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op 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.  
[...]

7. Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

“In deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) vervreemder, iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verliest;

b) verkrijger, iedere natuurlijke of rechtspersoon die door een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien

van de onderneming, de vestiging of het onderdeel van de onderneming of vestiging verkrijgt;  
[...]

d) werknemer, iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer.”

#### *Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

8. 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.

9. 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. Op 19 januari 2017 heeft SBN met haar ondernemingsraad een akkoord bereikt en zijn de partijen een sociaal plan overeengekomen. Het akkoord voorziet in ontslagvergoedingen indien er geen overnamebod is door de nieuwe opdrachtnemer of bij loonverlies ingeval de werknemers door hem in dienst worden genomen.

10. De in het hoofdgeding aan de orde zijnde 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.

11. 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.

12. Grafe was sinds juli 1978 voltijds werkzaam als buschauffeur en ploegbaas bij SBN en bij haar rechtsvoorganger. Bij schrijven van 27 januari 2017 heeft SBN hem met ingang van 31 augustus 2017 ontslag aangezegd. Sinds 1 september 2017 is hij als chauffeur in dienst 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.

13. In deze context verzet Grafe zich tegen het ontslag door SBN en eist hij dat OSL bij zijn inschaling rekening houdt met zijn vroegere dienst-

jaren 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.

14. Sinds november 1979 was ook Pohle voltijds werkzaam als buschauffeur en ploegbaas bij SBN. Bij schrijven van 27 januari 2017 heeft die onderneming hem met ingang van 31 augustus 2017 ontslag aangezegd. Hij is niet in dienst genomen door de nieuwe opdrachtnemer. In deze context verzet hij zich tegen zijn ontslag en verzoekt hij subsidiair om betaling van een vergoeding van 68 034,56 EUR in het kader van het door SBN opgestelde sociaal plan. SBN stelt bij wege van tegeneis dat de arbeidsovereenkomst van Pohle ten tijde van de overgang van onderneming is overgegaan op OSL en stelt dat zij bijgevolg niet gehouden is een vergoeding te betalen.

15. OSL stelt op basis van het arrest van 25 januari 2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59), dat er geen sprake kan zijn van overgang van onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 omdat de materiële productiemiddelen, met name de bussen, in het onderhavige geval niet zijn overgenomen.

16. SBN betoogt dat de overname van de bussen door de nieuwe opdrachtnemer van de betrokken overheidsopdracht was uitgesloten, rekening houdend met de geldende technische en milieunormen. De aanbestedingsvereisten schreven immers voor dat deze niet ouder mochten zijn dan 15 jaar. De bussen moesten ook minstens aan de milieunorm “Euro 6” voldoen. Op de datum van het plaatsen van deze overheidsopdracht, die voor een periode van tien jaar is afgesloten, was de gemiddelde leeftijd van de bussen van SBN volgens SBN zelf echter 13 jaar. Zij zouden bovendien slechts voldoen aan de normen “Euro 3” of “Euro 4”. Voorts voldeden zij niet aan de vereisten betreffende toegankelijkheid voor mensen met een handicap. SBN voegt hieraan toe dat het gebruik van busdepotdiensten niet langer nodig is, aangezien het onderhoud of het herstel van bussen aan gespecialiseerde werkplaatsen kan worden toevertrouwd.

17. Volgens SBN volgt uit de bewuste aanbesteding dat de buschauffeurs in het bezit moeten zijn van een geldige vergunning, kennis moeten hebben van het wettelijk kader en de geldende beroepsvoorschriften, in staat moeten zijn om passagiers te informeren, moeten beschikken over

goede kennis van het net, de routes, lijnen en dienstregelingen in het bestreken gebied, de regionale buslijnen, aansluitingen en spoorverbindingen en de tariefregelingen. SBN voegt daaraan toe dat chauffeurs een “schaars goed” zijn op het platteland. Door hun deskundigheid en kennis van het net waren de buschauffeurs van SBN vanaf 1 augustus 2017 operationeel, waardoor de continuïteit van het openbaar vervoer in het district gewaarborgd was. SBN leidt daaruit af dat het karakter van de economische eenheid wordt gevormd door de chauffeurs.

18. In dit verband vraagt de verwijzende rechter, die oordeelt dat de door SBN voorgelegde beschrijving van het wettelijke en feitelijke kader juist is, zich af of de oplossing die is uitgewerkt in het arrest van 25 januari 2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59), in het onderhavige hoofdgeding van toepassing is.

19. In die omstandigheden heeft het Arbeitsgericht Cottbus – Kammern Senftenberg (arbeidsrechter in eerste aanleg Cottbus, kamer Senftenberg, Duitsland) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1) Is er sprake van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn [77/187] wanneer de exploitatie van autobuslijnen na een aanbestedingsprocedure overeenkomstig richtlijn 92/50/EEG betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening [(PB 1992, L 209, blz. 1)] van de ene onderneming voor busvervoer op een andere overgaat, ook al worden daarbij geen noemenswaardige bedrijfsmiddelen, in het bijzonder geen bussen, tussen die twee ondernemingen overgedragen?

2) Is op grond van de aanname dat de bussen bij de gunning van een tijdelijk dienstcontract in het kader van een redelijke bedrijfseconomische beoordeling vanwege hun ouderdom en de strengere technische vereisten (emissiewaarden, lage instap) geacht moeten worden niet meer van wezenlijk belang te zijn voor de waarde van de onderneming, een afwijking van het arrest van het Hof van 25 januari 2001[, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59),] gerechtvaardigd, zodat richtlijn [77/187] onder dergelijke omstandigheden ook van toepassing kan zijn als een wezenlijk deel van het personeel wordt overgenomen?”

*Beantwoording van de prejudiciële vragen*

20. Om te beginnen zij opgemerkt dat de vraag weliswaar betrekking heeft op de uitlegging van richtlijn 77/187, maar dat op de feiten van het hoofdgeding richtlijn 2001/23 van toepassing is, die blijkens overweging 8 ervan juist tot doel heeft over te gaan tot codificatie van richtlijn 77/187 teneinde het begrip “overgang van onderneming” in het licht van de jurisprudentie van het Hof te verduidelijken.

21. Met zijn twee vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 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, een beletsel vormt voor de kwalificatie van deze transactie als een overgang van onderneming.

22. In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens artikel 1, lid 1, onder b), van deze richtlijn, als overgang wordt beschouwd, de overgang, met het oog op 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. Het begrip “eenheid” verwijst dus naar een georganiseerd geheel van personen en goederen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.

23. 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 (zie in die zin arrest van 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24. 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 (arrest van 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

25. Het belang dat moet worden gehecht aan de diverse criteria verschilt dan ook noodzakelijkerwijs naargelang van de uitgeoefende activiteit en van de productiewijze of bedrijfsvoering in de betrokken onderneming, de vestiging of een onderdeel daarvan (arrest van 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26. Uit het loutere feit dat een economische eenheid de activiteit van een andere economische eenheid heeft overgenomen, kan voorts niet worden afgeleid dat laatstgenoemde eenheid haar identiteit behoudt. De identiteit van een dergelijke eenheid kan namelijk niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Die identiteit blijkt uit meerdere onlosmakelijk verbonden elementen, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de beschikbare bedrijfsmiddelen (arresten van 20 januari 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, punt 41, en 20 juli 2017, Píscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, punt 43).

27. Uit het voorgaande volgt dat de kwalificatie als overgang een aantal feitelijke vaststellingen veronderstelt, zodat 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.

28. In dit verband wenst de verwijzende rechter meer in het bijzonder te vernemen of de oplossing die is uitgewerkt in het arrest van 25 januari 2001, Liikenne (C-172/99, EU:C:2001:59), waarin het ging om een opdracht voor de levering van een busvervoersdienst op zeven regionale lijnen voor

een periode van drie jaar, in de onderhavige zaak van toepassing is. De nieuwe exploitant had de dienstuniformen overgenomen van bepaalde van de oude exploitant afkomstige chauffeurs die bij hem in dienst waren getreden en had alleen gedurende enkele maanden, terwijl hij wachtte op de levering van de bestelde voertuigen, van de vorige exploitant twee bussen gehuurd.

29. In antwoord op de vraag of er sprake was van een overgang van onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 heeft het Hof in punt 39 van het arrest van 25 januari 2001, *Liikenne* (C-172/99, 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 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.

30. Aangezien het Hof in punt 39 van het arrest van 25 januari 2001, *Liikenne* (C-172/99, EU:C:2001:59), 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.

31. Teneinde te bepalen of het feit dat er geen bedrijfsmiddelen, namelijk bussen, zijn overgedra-

gen 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.

32. 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 hoofdgeding 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.

33. 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 van 25 januari 2001, *Liikenne* (C-172/99, EU:C:2001:59), erop wijst dat dit in die zaak het geval was.

34. Uit de informatie van de verwijzende rechter, samengevat in punt 16 van het onderhavige arrest, blijkt overigens dat de onderneming die voorheen opdrachtnemer was van de in het hoofdgeding 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.

35. 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, van richtlijn 2001/23.

36. Het staat bijgevolg aan de verwijzende rechter om te bepalen of uit andere in de punten 24 tot en met 26 van het onderhavige arrest genoemde feitelijke omstandigheden kan worden afgeleid dat de betrokken eenheid haar identiteit behoudt en dat er bijgevolg sprake is van een overgang van onderneming.

37. In dit verband moet er in de eerste plaats op worden gewezen, zoals de advocaat-generaal in punt 40 van haar conclusie heeft gedaan, 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.

38. In de tweede plaats benadrukt de verwijzende rechter dat de aanwezigheid van ervaren buschauffeurs in een plattelandsregio 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.

39. In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat, voor zover een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht een economische eenheid kan vormen, een dergelijke eenheid haar identiteit na de overdracht kan behouden wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet. In dat geval verwerft de nieuwe ondernemer namelijk het georganiseerde geheel van elementen waarmee de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming duurzaam kunnen worden voortgezet (arrest van 20 januari 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40. Zo moet in het hoofdgeding – voor zover het feit dat er geen voor het nastreven van de economische activiteit noodzakelijke bedrijfsmiddelen zijn overgedragen, niet noodzakelijkerwijs een beletsel vormt voor het behoud van de identiteit

van de in het hoofdgeding betrokken eenheid, zoals in de punten 32 en 35 van het onderhavige arrest is opgemerkt – de overname van het merendeel van de chauffeurs worden beschouwd als een feitelijke omstandigheid die in aanmerking moet worden genomen bij de kwalificatie van de betrokken transactie als een overgang van onderneming. In dit verband blijkt uit de feiten van het hoofdgeding dat het personeel dat door de nieuwe exploitant is overgenomen, voor dezelfde of soortgelijke taken wordt ingezet en over specifieke kwalificaties en vaardigheden beschikt die essentieel zijn voor de voortzetting, zonder onderbreking, van de betrokken economische activiteit.

41. Gelet op alle voorgaande overwegingen moet op de gestelde vragen worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 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 milieuvereisten, 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.

#### *Kosten*

42. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### *Het Hof (Vierde kamer) verklaart voor recht:*

Artikel 1, lid 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 werk-

nemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen moet aldus 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 milieuevereisten, 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.

#### NOOT

Busmaatschappij OSL wint een aanbesteding en neemt van SBN, de busmaatschappij die voorheen de vervoerconcessie hield, het merendeel van de chauffeurs en van het leidinggevend personeel over, maar geen van de bussen of andere materiële activa van betekenis. OSL stelt dat dan geen sprake is van identiteitsbehoud onder verwijzing naar het Finse bussen-arrest (HvJ EG 25 januari 2001, «JAR» 2001/68, m.nt. Beltzer), waarin het Hof oordeelde dat busvervoer niet kan worden aangemerkt als een activiteit waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn en dus de overgang van materiële activa onontbeerlijk is voor identiteitsbehoud en daarmee voor een overgang van onderneming. Nee, oordeelt het Hof in het onderhavige Duitse bussen-arrest. Dat geen bussen zijn overgenomen betekent niet automatisch dat geen sprake kan zijn van overgang van onderneming. Het Hof benadrukt dat bij de vaststelling of sprake is van identiteitsbehoud rekening moet worden gehouden met ‘alle feitelijke omstandigheden die de betreffende transactie kenmerken, waaronder met name’ de zeven Spijkers-factoren uit het arrest van het Hof van 18 maart 1986 (*NJ* 1987/502). Al in het Spijkers-arrest benadrukte

het Hof dat deze factoren slechts deelaspecten zijn van het te verrichten globale onderzoek en zij daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld. Uit de omvangrijke rechtspraak van het Hof sindsdien over de vraag of sprake was van identiteitsbehoud in uiteenlopende situaties bleek echter dat afhankelijk van het type onderneming of activiteit de ene Spijkers-factor belangrijker kan zijn dan de andere Spijkers-factor. Ondernemingen kunnen een arbeidsintensief of een kapitaalintensief karakter hebben en wil sprake zijn van identiteitsbehoud, dan moet in ieder geval ofwel een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel dan wel materiële activa van betekenis van de vervreemder zijn overgenomen. Bij busvervoer oordeelde het Hof dus eerder dat sprake is van identiteitsbehoud bij overname van de bussen, bij schoonmaak als de schoonmakers worden overgenomen (HvJ EG 11 maart 1997, «JAR» 1997/91, m.nt. Beltzer) en bij een luchtvaartmaatschappij ingeval van overname van de vliegtuigen (HvJ EU 9 september 2015, «JAR» 2015/260, m.nt. Beltzer). In meer recente uitspraken van het Hof komt echter naar voren dat het onderscheid tussen kapitaalintensief en arbeidsintensief genuanceerd is. Zo oordeelde het Hof onder andere in het arrest *Seguridad* (HvJ EU 11 juli 2018, «JAR» 2018/206) dat beveiligingactiviteiten een arbeidsintensieve onderneming vormden. Is daarbij echter uitrusting nodig, dan is sprake van een onderneming met een kapitaalintensief karakter, zo oordeelde het Hof in het arrest *Securitas* (HvJ EU 19 oktober 2017, «JAR» 2017/293). Soms ligt de uitkomst ook weinig voor de hand. Denk aan het arrest *Sodexho* (HvJ EG 20 november 2003, «JAR» 2003/298, m.nt. Beltzer), waarin sprake was van een heraanbesteding van een cateringopdracht in een ziekenhuis, waarbij gebruik werd gemaakt van wat klein materieel en sprake was van cateringwerknemers met speciale kennis van diëten en toch sprake was van een onderneming met een kapitaalintensief karakter of aan het arrest *Músicos y Escuela* (HvJ EU 7 augustus 2018, «JAR» 2018/225, m.nt. Waterman), waarin het geven van muziekonderwijs naar het oordeel van het Hof kwalificeerde als kapitaalintensief. Soms gaat het zelfs helemaal niet om kapitaalintensief versus arbeidsintensief. Zo overwoog het Hof in het arrest *Banka* (HvJ EU 8 mei 2019, «JAR» 2019/150, m.nt. Kanen) dat het overgaan van 91% van de klanten naar de verkrijger de doorslagge-



vende (Spijkers-)factor vormde bij de beantwoording van de vraag of sprake was van identiteitsbehoud.

Op basis van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie zou kunnen worden geconcludeerd dat het Hof sneller aanneemt dat sprake is van een onderneming met een kapitaalintensief karakter. Is dat het geval, dan staat het niet-overgaan van materiële activa in de weg aan identiteitsbehoud. Het onderhavige arrest maakt echter duidelijk dat, ook wanneer vaststaat dat sprake is van een onderneming met een kapitaalintensief karakter, tóch sprake kan zijn van identiteitsbehoud in een situatie waarin alleen werknemers en geen materiële activa van betekenis zijn overgegaan. Hoewel de feiten en omstandigheden grote gelijkenis vertonen met het Finse bussen-arrest, vormt naar het oordeel van het Hof het feit dat OSL de bussen niet had overgenomen niet de enige bepalende factor bij de beantwoording van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud. Dat bij busvervoer sprake is van een onderneming met een kapitaalintensief karakter houdt dus niet in dat alleen wordt gekeken naar de vraag of materiële activa zijn overgegaan. Dit is slechts een omstandigheid waarmee rekening moet worden gehouden (zie in dit verband ook I.A. Haanappel-van der Burg, *Grensoverschrijdende overgang van onderneming vanuit rechtsvergelijkend en conflictenrechtelijk perspectief*, Deventer: Kluwer 2015).

Dat bij de overgang van een onderneming met een kapitaalintensief karakter geen materiële activa zijn overgegaan, betekent dus niet dat daarmee vaststaat dat geen sprake kan zijn van identiteitsbehoud en daarmee van overgang van onderneming. De reden voor het niet-overgaan van materiële activa is hierbij eveneens van belang. In het onderhavige arrest volgde uit de gestelde eisen bij de aanbesteding dat de bussen niet ouder mochten zijn dan vijftien jaar en aan een milieunorm moesten voldoen. De bussen van SBN waren echter gemiddeld al dertien jaar oud en voldeden niet aan de gestelde milieunorm. Zelfs al zou OSL materiële activa van betekenis hebben willen overnemen, dan was dat dus in wezen niet mogelijk. De bussen zouden slechts zijn overgegaan om tot schroot te worden verwerkt (zie punt 56 uit de conclusie van A-G Sharpston voor het arrest van het Hof). Vervolgens kijkt het Hof naar de andere Spijkers-factoren en constateert dat het busvervoer

onderbroken en grotendeels op dezelfde lijnen of voor dezelfde passagiers wordt geëxploiteerd en dat de aanwezigheid van ervaren buschauffeurs op het platteland doorslaggevend is om de kwaliteit van de betrokken buslijnen te waarborgen. Hoewel deze uitkomst, gelet op deze specifieke omstandigheden, goed past in de bestaande jurisprudentielijn van het Hof maakt deze uitspraak wel duidelijk dat niet bij voorbaat, afhankelijk van het type onderneming (kapitaalintensief of arbeidsintensief), op basis van eerdere jurisprudentie van het Hof kan worden gesteld dat wel of niet sprake is van identiteitsbehoud omdat geen materiële activa dan wel personeel wordt overgenomen. Toch weer iets meer holistisch dan gedacht dus, die benadering van het Hof.

mr. H.L. Doorn  
advocaat bij DLA Piper

mr. dr. J.P.H. Zwemmer  
Universiteit van Amsterdam