



Datum van inontvangstneming : 14/06/2018

**Zaak C-317/18**

**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:**

14 mei 2018

**Verwijzende rechterlijke instantie:**

Tribunal Judicial da Comarca de Faro (rechter in eerste aanleg, Faro, Portugal)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

23 april 2018

**Verzoekende partij:**

████████████████████

**Verwerende partij:**

Município de Portimão (gemeente Portimão, Portugal)

---

**Voorwerp van de procedure in het hoofdgeding**

Verzoekster vraagt om een verklaring voor recht over het bestaan van de overdracht, met ingang van 1 januari 2015, aan de gemeente Portimão (verwerende partij in het hoofdgeding), van de arbeidsovereenkomst die zij oorspronkelijk had gesloten met Portimão Urbis, E.M., S.A. (het gemeentelijk bedrijf dat, tot de ontbinding ervan, ook de positie van verwerende partij in het hoofdgeding innam; hierna: „Portimão Urbis”), op grond van de overgang van de vestiging waar zij werkzaam was. Verzoekster verzoekt tevens dat de beëindiging van haar arbeidsovereenkomst onwettig wordt verklaard en zij, bijgevolg, in dienst moet worden genomen als werknemer van de gemeente Portimão, met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2015, in de overeenkomstige schaal en functie en met hetzelfde maandsalaris van 2 589 EUR. Bovendien verzoekt zij dat verweerster wordt veroordeeld tot betaling van het verschil tussen het salaris dat verweerster haar had moeten betalen krachtens de overgang van de vestiging met ingang van 1 januari 2015 en het salaris dat zij haar daadwerkelijk heeft uitbetaald, welk verschil, volgens verzoekster, een totaalbedrag van 33 083,40

EUR belooft. Voorts verzoekt zij dat verweerster wordt veroordeeld tot betaling van een vergoeding voor de door haar geleden immateriële schade.

### **Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële verwijzing**

Door middel van een verzoek om een prejudiciële beslissing wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of een persoon die een bijzonder type overeenkomst heeft gesloten voor de vervulling van een vertrouwensfunctie (contrato de comissão de serviço; een soort detachering) bij een vervreemdende onderneming, wordt beschermd door 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. Anders gezegd dient te worden bepaald of het enkele vereiste dat een overeenkomst inzake de vervulling van een vertrouwensfunctie moet worden beëindigd door voorafgaande opzegging, hoewel daarvoor geen gegronde reden hoeft te worden opgegeven (anders dan wat voor alle overige arbeidsovereenkomsten geldt), voldoende is om deze persoon binnen de draagwijdte van de door die richtlijn geboden bescherming te brengen.

Tevens moet in het licht van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie worden bepaald of richtlijn 2001/23 de lidstaten toestaat om situaties waarin, vanwege het feit dat de verkrijger deel uitmaakt van de overheid, een specifieke vorm van indienstneming van werknemers moet worden toegepast, namelijk een openbaar vergelijkend onderzoek, uit te sluiten van de werkingssfeer van deze richtlijn.

Bepaald dient te worden of de Europese regeling, zowel de genoemde richtlijn als het Verdrag, en het beginsel van de voorrang van het Unierecht (zie bijvoorbeeld het arrest van 12 november 2008, Winner Wetten, C-409/06, EU:C:2010:503, punt 61) aldus kunnen worden uitgelegd dat zij enige vorm van uitzondering toelaten, inzonderheid wanneer een voor de rechtsstaat fundamenteel beginsel als het gelijkheidsbeginsel wordt ingeroepen.

In wezen, en met het oog op de beslissing die moet worden gegeven in het hoofdgeding, moet worden beoordeeld of de Europese regeling eraan in de weg staat dat, in geval van een overgang van de activiteit op een gemeente, de wetgeving van een lidstaat bepaalt dat overgedragen werknemers door deze gemeente moeten worden onderworpen aan de verplichting om deel te nemen aan een openbare selectieprocedure en dat als gevolg daarvan, in geval van het succesvol doorlopen van die procedure, hun salaris wordt verlaagd.

### **Prejudiciële vragen**

In deze context legt de Eerste kamer van de Juízo do Trabalho de Portimão (arbeidsrechter van Portimão, Portugal), die ressorteert onder de Tribunal Judicial

██████████

da Comarca de Faro (rechter in eerste aanleg, Faro, Portugal), het Hof van Justitie van de Europese Unie overeenkomstig artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie de volgende prejudiciële vragen voor:

- 1) Kan – gegeven het feit dat onder „werknemer” moet worden verstaan iedere persoon die in de lidstaat in kwestie krachtens de nationale arbeidswetgeving bescherming geniet als werknemer – een persoon die met de vervreemder een bijzonder type overeenkomst voor de vervulling van een vertrouwensfunctie heeft gesloten, worden geacht „werknemer” te zijn in de zin van artikel 2, lid 1, onder d), van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001, en kan deze persoon bijgevolg de bescherming genieten die genoemde regeling biedt?
- 2) Staat het Unierecht, inzonderheid voornoemde richtlijn 2001/23/EG, juncto artikel 4, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie, in de weg aan een nationale regeling die, ook bij een overgang die binnen de werkingssfeer van die richtlijn valt, vereist dat werknemers deelnemen aan een openbare selectieprocedure en worden gebonden door een nieuwe verbintenis met de verkrijger, wanneer deze laatste een gemeente is?

### **Aangevoerde bepalingen van Unierecht**

Ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag zijn de volgende bepalingen van Unierecht van toepassing:

- Artikel 2, lid 1, onder d), van richtlijn 2001/23.

Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag zijn de volgende bepalingen van Unierecht van toepassing:

- Artikel 3, lid 3, tweede alinea, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.
- Artikel 4, lid 2, van het Verdrag betreffende de Europese Unie.
- Artikel 4, lid 1, tweede alinea, van richtlijn 2001/23.

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

Ten aanzien van de eerste prejudiciële vraag zijn de volgende bepalingen van nationaal recht van toepassing:

- Artikel 53 van de Constituição da República Portuguesa (grondwet van de Portugese Republiek).
- Artikel 11 van de Código de Trabalho (arbeidswetboek), zoals gewijzigd bij Ley n.º 7/2009, de 12 de febrero (wet nr. 7/2009 van 12 februari 2009).

- Artikel 161 van het arbeidswetboek, zoals gewijzigd bij Ley n.º 23/2012, de 25 de junio (wet nr. 23/2102 van 25 juni 2012).
- Artikel 162, leden 1 en 2, van het arbeidswetboek (zoals gewijzigd bij wet nr. 7/2009 van 12 februari 2009).
- Artikel 163, leden 1 en 2, van het arbeidswetboek (zoals gewijzigd bij wet nr. 7/2009 van 12 februari 2009).
- Artikel 285, leden 1 en 3, van het arbeidswetboek (zoals gewijzigd bij wet nr. 7/2009 van 12 februari 2009).

Ten aanzien van de tweede prejudiciële vraag zijn de volgende bepalingen van nationaal recht van toepassing:

- Artikel 61, leden 1 en 2, en artikel 62 van de Regime Jurídico da Atividade Empresarial Local e das Participações Locais (regeling van activiteiten van plaatselijke ondernemingen en deelnemingen in plaatselijke ondernemingen; hierna: „RJAEL”), vastgesteld bij Ley n.º 50/2012, de 31 de agosto (wet nr. 50/2012 van 31 augustus 2012), gewijzigd bij Ley n.º 53/2014, de 25 de agosto (wet nr. 53/2014 van 25 augustus 2014, bij Ley n.º 69/2015, de 16 de julio (wet nr. 69/2015 van 16 juli 2015), en bij Ley n.º 7-A/2016, de 30 de marzo (wet nr. 7-A/2016 van 30 maart 2016).

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

- 1 Na de laatste terechtzitting in het hoofdgeding zijn, naast andere feiten, de hieronder beschreven feiten, die relevant zijn voor het aan het Hof van Justitie van de Europese Unie voorgelegde verzoek om een prejudiciële beslissing, bewezen verklaard.
- 2 Portimão Urbis was een naamloze vennootschap waarvan het maatschappelijk kapitaal volledig in handen was van de gemeente Portimão. De vennootschap was opgericht op 11 september 2001, onder de naam EXPO ARADE – Animação e Gestão do Parque de Feiras e Exposições de Portimão, E.M, S.A. (gemeentelijke onderneming voor de exploitatie en het beheer van het handelsbeurs- en expositie terrein van Portimão). In de loop van het hoofdgeding werd de vennootschap Portimão Urbis definitief ontbonden en trad de gemeente Portimão, in haar hoedanigheid van enig aandeelhouder en overeenkomstig de Portugese wetgeving, in de positie van die vennootschap, met als gevolg dat het geding verder uitsluitend tegen de gemeente Portimão wordt gevoerd.
- 3 Op 19 april 2005 sloot verzoekster met EXPO ARADE, Animação e Gestão do Parque de Feiras e Exposições de Portimão, E.M. [(hierna: „Expo Arade”)], later omgedoopt tot Portimão Urbis, een opleidingsovereenkomst in het kader van het traineeprogramma, die van kracht was van 1 april 2005 tot en met 30 december 2005. Op 2 januari 2006 sloten verzoekster en Expo Arade een

[REDACTED]

arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een looptijd van een jaar (van 2 januari 2006 tot en met 31 december 2006) voor de uitoefening van de functie van medewerker personeelszaken. De overeengekomen maandelijkse brutobezoldiging bedroeg 824,62 EUR. Deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde duur werd verlengd tot en met 31 oktober 2008.

- 4 Op 1 november 2008 sloten verzoekster en Portimão Urbis een arbeidsovereenkomst voor de vervulling van een vertrouwensfunctie (concreet de functie van hoofd van de eenheid administratie en personeelszaken). De overeengekomen maandelijkse brutobezoldiging bedroeg 2 253,00 EUR. Deze overeenkomst was van kracht tot en met 30 juni 2010. Op 1 juli 2010 sloten verzoekster en Portimão Urbis een nieuwe overeenkomst voor de vervulling van een vertrouwensfunctie, die betrekking had op dezelfde functie, maar met een maandelijkse brutobezoldiging van 2 923,00 EUR. Deze nieuwe overeenkomst was van kracht tot en met 30 juni 2013. Op 1 juli 2013 sloot verzoekster met Portimão Urbis een nieuwe arbeidsovereenkomst voor de vervulling van een vertrouwensfunctie. Hoewel verzoekster dezelfde werkzaamheden bleef verrichten, werd de maandelijkse brutobezoldiging in die nieuwe overeenkomst verlaagd tot het bedrag van de maandelijkse brutobezoldiging voor niveau 1, schaal 4, subschaal 5, zoals vastgelegd in het interne reglement dat door de raad van bestuur van Portimão Urbis in zijn vergadering van 24 juli 2013 werd goedgekeurd. Als gevolg daarvan ontving verzoekster een maandelijkse brutobezoldiging van 2 780,00 EUR, die overeenkwam met het basissalaris van 2 589,00 EUR, zoals overeengekomen in de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, vermeerderd met een toeslag van 191,00 EUR voor de vervulling van een vertrouwensfunctie, waar bovenop nog de in het interne reglement vastgelegde zomer- en kerstuitkering kwamen.
- 5 Op 15 oktober 2014 stelde de gemeente Portimão de voorwaarden voor de ontbinding en liquidatie van Portimão Urbis vast in een document getiteld „Internalização da Portimão Urbis, S.A. – Projeto de dissolução e liquidação” (internalisering van Portimão Urbis, S.A. – ontwerp van ontbinding en liquidatie”. Het ontbindings- en liquidatievoorstel van de gemeente werd door de gemeenteraad van Portimão goedgekeurd in zijn vergadering van 12 november 2014.
- 6 In het genoemde voorstel tot internalisering van Portimão Urbis, S.A. – ontwerp van ontbinding en liquidatie, werd bepaald dat in het kader van de ontbinding/liquidatie van Portimão Urbis specifiek werd beoogd om „de belangen van de werknemers van Portimão Urbis te beschermen door het behoud van hun arbeidsplaatsen te garanderen, op voorwaarde dat zij akkoord gaan met de geldende salaristabellen van de gemeente Portimão en met de in de regeling voor de indienstneming van overheidspersoneel gestelde voorwaarden, overeenkomstig de toepasselijke wetgeving”.
- 7 Ter uitvoering van het besluit van de gemeenteraad tot goedkeuring van de voorgenomen ontbinding van Portimão Urbis werden bepaalde activiteiten die

voordien door Portimão Urbis werden verricht, overgenomen door de gemeente Portimão. Om deze geïnternaliseerde taken uit te voeren, besloot de gemeente Portimão, verweerster in de onderhavige zaak, de werknemers die de desbetreffende functies bij Portimão Urbis hadden uitgeoefend, onder wie verzoekster, op te nemen in haar personeelsbestand. Overeenkomstig het besluit tot „internalisering” moesten in totaal 55 werknemers worden overgedragen aan de gemeente Portimão door middel van de sluiting, met de gemeente, van overeenkomsten tot overdracht van personeel in het openbaar belang.

- 8 Tegelijkertijd werd bij EMARP – Empresa Municipal de Águas e Resíduos de Portimão E.M., S.A. (gemeentelijk bedrijf belast met watervoorziening en afvalbeheer; hierna: „EMARP”), waarvan de gemeente Portimão eveneens de enige aandeelhouder was, middels externalisering een andere reeks activiteiten en de werknemers die nodig waren voor de uitvoering daarvan, ondergebracht. Volgens de „externaliseringsovereenkomst” moesten in totaal 45 werknemers overgaan naar EMARP. In verband met deze werknemers van Portimão Urbis die overgingen naar EMARP, werden tussen beide ondernemingen overeenkomsten inzake de overdracht van hun contractuele positie gesloten.
- 9 Drie werknemers van Portimão Urbis bleven tot en met 31 december 2017 in dienst bij deze entiteit om bijstand te verlenen bij de afwikkeling van de vennootschap. Enkele personen die de overeenkomst tot overdracht van personeel in het openbaar belang met de gemeente Portimão hadden aanvaard, keerden terug naar Portimão Urbis na afloop ervan, aangezien zij de salarisverlaging, het verlies van anciënniteit en de onderbreking van hun loopbaanverloop niet hadden aanvaard. Circa 15 werknemers namen geen genoegen met de internalisering, waarop hun arbeidsovereenkomsten met wederzijds goedvinden werden ontbonden.
- 10 De internalisering en de externalisering werden uitgesteld tot 1 januari 2015. Verzoekster werd opgenomen in de „lijst van onmisbare werknemers in het kader van de overdracht van personeel in het openbaar belang”, met de kwalificatie van senior medewerker, belast met „administratie en personeelszaken”.
- 11 Aan de geïnternaliseerde werknemers werd een overeenkomst tot overdracht van personeel in het openbaar belang aangeboden die, ten aanzien van verzoekster, voorzag in een maandelijkse bezoldiging van 1 407,54 EUR. Verzoekster ondertekende deze overeenkomst tot overdracht van personeel in het openbaar belang om te kunnen blijven werken en een maandsalaris te kunnen blijven ontvangen.
- 12 In het licht van de adviezen van de Comissão de Coordenação do Desenvolvimento Regional (commissie voor de coördinatie op het gebied van regionale ontwikkeling, Portugal), waarvan de gemeente Portimão reeds kennis had, was de gemeente Portimão van mening dat de geïnternaliseerde werknemers onder de regeling van artikel 62 van de [RJAEL] zouden vallen en dat werknemers met een arbeidsbetrekking voor onbepaalde tijd die waren

[REDACTED]

overgedragen in het openbaar belang, zich tijdens de ontbindings- en liquidatieprocedure konden aanmelden voor de selectieprocedures die uitsluitend waren bestemd voor personen die voordien een publiekrechtelijke dienstbetrekking van onbepaalde tijd krachtens wet nr. 12-A/2008 van 27 februari 2008 hadden gehad.

- 13 Pas in de maand juli 2015, in het kader van een vergadering met het gemeentebestuur, werden de in het internaliseringsplan opgenomen werknemers die een overeenkomst inzake de overdracht van personeel in het openbaar belang met de gemeente Portimão hadden gesloten, in kennis gesteld van het standpunt van de gemeente Portimão dat indien zij zich zouden aanmelden voor een selectieprocedure en deze procedure met succes zouden doorlopen, zij zouden worden ingedeeld in de eerste salarisschaal voor ambtenaren en ten minste tien jaar in die schaal zouden moeten blijven.
- 14 De werknemers die werden geëxternaliseerd en overgingen naar EMARP, waren niet verplicht om aan de selectieprocedure deel te nemen, daar de gemeente Portimão en de verkrijgende vennootschap, EMARP, overeenstemming hadden bereikt over de overdracht van de contractuele positie met betrekking tot die werknemers, die alle rechten behielden die voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomsten die zij met Portimão Urbis hadden gesloten.
- 15 De gemeente Portimão publiceerde een oproep voor de vervulling van „een vacature voor de loopbaan en categorie van senior medewerker (personeelszaken en ondersteuning van operationele gebieden) – geïnternaliseerde activiteit: beheer van de gemeentelijke markten”, die als titel droeg „Openstelling van 17 vergelijkende procedures voor de selectie van overheidsbeambten met een publiekrechtelijke dienstbetrekking van onbepaalde tijd ter vervulling van 39 vacatures in verschillende loopbanen en categorieën die betrekking hebben op de geïnternaliseerde activiteiten van de gemeente Portimão na de ontbinding van het gemeentelijk bedrijf „Portimão Urbis, E.M., S.A.””.
- 16 Verzoekster besloot zich aan te melden voor deze procedure en nam deel aan de schriftelijke toets en het sollicitatiegesprek waaruit de selectieprocedure bestond. Dankzij haar inzet en capaciteiten doorliep zij de selectieprocedure met goed gevolg en eindigde haar naam bovenaan de lijst, die door de voorzitter van de gemeenteraad van Portimão bij besluit van 28 maart 2017 werd goedgekeurd.
- 17 Na kennis te hebben genomen van de definitieve lijst van gekwalificeerde kandidaten, deelde verzoekster de voorzitter van de gemeenteraad van Portimão bij een schrijven van 21 maart 2017 mee dat zij er niet mee instemde om s ten koste van haar anciënniteit en salaris in het personeelsbestand van de gemeente te worden opgenomen.
- 18 Kort daarna, op 29 maart 2017, ontving verzoekster van de gemeente Portimão een aanbod waarin de beloningsschaal waarin zij zou worden ingedeeld werd vermeld, met het voorstel om verzoekster in de tweede schaal van de loopbaan en



categorie van senior medewerker in te delen, welke schaal voorziet in een bruto maandsalaris van 1 201,48 EUR.

- 19 Bij schrijven van 31 maart 2017 antwoordde verzoekster op dit aanbod, onder verwijzing naar de inhoud van haar vorige schrijven, van 21 maart 2017, dat zij de door de gemeente Portimão voorgestelde indeling in de beloningsschaal opnieuw afwees.
- 20 Bij schrijven van 6 april 2017 legde verweerster nogmaals uit wat zij reeds had verklaard en deelde zij verzoekster uitdrukkelijk mee dat niet-aanvaarding door haar ingevolge artikel 38, lid 6, van Ley n.º 25/2014, de 20 de junio (wet nr. 25/2014 van 20 juni 2014) zou leiden tot de opening van „onderhandelingen met de volgende gekwalificeerde kandidaat op de definitieve lijst van kandidaten” en tot de automatische beëindiging van de gesloten overeenkomst inzake de overdracht van personeel in het openbaar belang.
- 21 Op 17 april 2017 ontving verzoekster een kennisgeving waarin haar werd medegedeeld dat de op 1 januari 2015 met de gemeente Portimão gesloten overeenkomst inzake de overdracht van personeel in het openbaar belang op 19 april 2017 zou worden beëindigd, zodat verzoekster weer in dienst diende te treden bij Portimão Urbis, haar oorspronkelijke werkgever.
- 22 Op 20 april 2017, op grond van een besluit van de gemeente Portimão, keerde verzoekster terug bij Portimão Urbis, waar zij weer een salaris van 2 589,00 EUR ontving. Met ingang van 21 april 2017 werden de taken die verzoekster voordien voor de gemeente Portimão had verricht niet meer aan haar toevertrouwd, daar Portimão Urbis zich in de fase van afwikkeling bevond.
- 23 Portimão Urbis zond verzoekster op 26 april 2017 een brief met het volgende onderwerp: „Betreft: mededeling van de volledige en definitieve sluiting van de onderneming – beëindiging van de arbeidsovereenkomst”. Bij brief van 19 ju[n]i 2017, ontvangen op 20 juni 2017, stelde Portimão Urbis verzoekster in kennis van haar „onherroepelijke besluit tot ontslag wegens de volledige en definitieve sluiting van de onderneming – beëindiging van de arbeidsovereenkomst”. Op 2 januari 2018 werd de algehele liquidatie van Portimão Urbis bijgeschreven in het handelsregister.
- 24 Na de feiten te hebben vastgesteld, en na de partijen te hebben verzocht om zich, indien zij dit wensten, uit te spreken over de vragen die voor een prejudiciële beslissing naar het Hof zouden worden verwezen, besloot de verwijzende rechterlijke instantie de procedure te schorsen.

### **Argumenten van de partijen in het hoofdgeding**

- 25 Verzoekster betoogt dat haar geen mededeling van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst kon worden gedaan, aangezien deze overeenkomst op 1 januari 2015 was overgedragen aan de gemeente Portimão.

- [REDACTED]
- 26 Het antwoord van verweerster hierop houdt in wezen in dat er geen overgang van een vestiging heeft plaatsgevonden, omdat het gemeentelijk bedrijf op grond van de wet is ontbonden (artikel 62 van wet nr. 50/2012) en de gemeente Portimão zich heeft beperkt tot de overneming van oorspronkelijk op haar rustende taken (zonder hierdoor een economische activiteit te verrichten). Bovendien verrichtte verzoekster haar diensten in het kader van de regeling voor de vervulling van vertrouwensfuncties en had zij derhalve niet de hoedanigheid van werknemer van Portimão Urbis. Tot slot heeft de gemeente Portimão louter voldaan aan de wettelijke voorschriften van artikel 62 van wet nr. 50/2012 van 31 augustus 2012 tot vaststelling van de regeling van de activiteiten van plaatselijke ondernemingen en deelnemingen in plaatselijke ondernemingen en tot intrekking van [Ley] n.º 53-F/2006, de 29 de diciembre (wet nr. 53-F/2006 van 29 december 2006) en [Ley n.º] 55/2011, de 15 de noviembre (wet nr. 55/2011 van 15 november 2011) [(RJAEL)]; voorts moeten alle gemeenteambtenaren worden geselecteerd volgens specifieke procedures, met inachtneming van het beginsel van gelijke toegang tot publieke functies zoals verankerd in artikel 47, lid 2, van de grondwet van de Portugese Republiek.

#### **Korte uiteenzetting van de motivering van de prejudiciële verwijzing**

- 27 Overeenkomstig hetgeen het Hof van Justitie heeft geoordeeld (arrest van 20 juli 2017, [REDACTED] C-416/16, EU:C:2017:574), is het uitgangspunt van het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing dat „een situatie waarin een gemeentebedrijf met als enige aandeelhouder de gemeente wordt ontbonden krachtens een besluit van het uitvoerend orgaan van die gemeente en waarbij de door dit bedrijf uitgeoefende activiteiten ten dele overgaan op die gemeente, die deze rechtstreeks zal uitoefenen, en ten dele op een ander gemeentebedrijf, dat te dien einde opnieuw is samengesteld en dat eveneens de gemeente als enige aandeelhouder heeft”, binnen de werkingssfeer van richtlijn 2001/23 valt.
- 28 In deze zaak worden er echter twee andere vragen opgeworpen die verband houden met de aard van de specifieke betrekking tussen verzoekster en de vervreemder en met de bijzondere kenmerken van de procedures om een arbeidsbetrekking met de verkrijger aan te gaan.
- 29 Wat de eerste vraag betreft, staat het in het Portugese nationale recht vast dat arbeidsovereenkomsten worden gekenmerkt door het bestaan van een juridische ondergeschiktheid van een van de partijen aan de andere.
- 30 Om die reden, en tevens omdat de toepasselijke juridische regeling is opgenomen in het arbeidswetboek, wordt de overeenkomst voor de vervulling van een vertrouwensfunctie (in elk van haar varianten: gesloten met een persoon die reeds werknemer van de onderneming is of met een persoon die geen enkele eerdere arbeidsbetrekking met de onderneming heeft gehad) geacht een arbeidsovereenkomst te zijn.

- 31 Zeker is evenwel dat ingevolge artikel 163, leden 1 en 2, van het arbeidswetboek, die betrekking niet de bescherming geniet die artikel 53 van de grondwet van de Portugese Republiek verleent aan alle overige arbeidsovereenkomsten, daar het een betrekking betreft die zonder enige reden kan worden beëindigd (zij het slechts na opzegging).
- 32 In een uitspraak over de grondwettelijkheid van deze regeling heeft de Tribunal Constitucional (grondwettelijke hof, Portugal) (arrest nr. 338/2010, bekendgemaakt in de Diário da República, eerste serie, van 8 november 2010, waarin wordt verwezen naar de gronden van het arrest van dezelfde rechterlijke instantie met nr. 64/91, bekendgemaakt in de Diário da República, eerste serie, van 11 april 1991) verklaard dat „[...] de litigieuze bepaling niet materieel ongrondwettig is”.
- 33 Wat artikel 2, lid 1, onder d), van richtlijn 2001/23 betreft, daarin wordt niet eenvoudigweg verwezen naar het begrip „werknemer” (in welk geval, althans in het Portugese recht, zou moeten worden nagegaan of er een juridische ondergeschiktheid bestaat), maar daarin heeft dit begrip betrekking op „iedere persoon die bescherming geniet als werknemer”, hetgeen, in bepaalde omstandigheden, de werkings sfeer kan verruimen, ofschoon dit begrip in andere omstandigheden aldus kan worden uitgelegd dat het situaties waarop volgens het nationale recht het beginsel van arbeidszekerheid niet van toepassing is, uitsluit.
- 34 Deze vraag is niet louter theoretisch van aard, want ook al zou in dit concrete geval moeten worden aangenomen dat verzoekster de bescherming van richtlijn 2001/23 geniet, daar zij een reeds bestaande overeenkomst had (die gehandhaafd zou blijven ingeval van beëindiging van de overeenkomst voor de vervulling van vertrouwensfuncties, zoals wordt toegelaten door de Portugese wettelijke regeling), moet nog steeds worden bepaald – aangezien de vordering een veroordeling tot de betaling van de salarisverschillen behelst – welke overeenkomst is overgedragen: de overeenkomst voor de vervulling van een vertrouwensfunctie (met de bijbehorende, hogere bezoldiging) of de reeds bestaande arbeidsovereenkomst (met een andere, lagere bezoldiging).
- 35 Als verweer beroept verweerster zich tevens op het recente arrest van de Supremo Tribunal de Justiça (hoogste rechter in burgerlijke en strafzaken, Portugal) van 13 juni 2017 (procedure 723/14.7TTPRT.P1.S1), waarin is vastgesteld, hoewel dit niet verbindend is voor de verwijzende rechterlijke instantie in casu, dat: „[...] aangezien de grondwet bepaalt dat ,alle burgers recht hebben op toegang tot de overheidsdienst, onder voorwaarden van gelijkheid en vrijheid, in de regel door middel van een vergelijkend examen’ (grondwet van de Portugese Republiek, artikel 47, lid 2), het uiteraard een echte schending van de grondwet zou vormen indien de vaststelling van de regeling voor de individuele arbeidsovereenkomst met zich meebrengt dat de overheid een totale keuzevrijheid geniet bij het selecteren en in dienst nemen van werknemers overeenkomstig de gemene arbeidswetgeving, zonder toepassing van enige procedureel vereiste dat de inachtneming van de beginselen van gelijkheid en onpartijdigheid waarborgt”. [...]

██████████

„De voorrang van het Unierecht, in de zin van artikel 10, lid 1, van de Europese Grondwet (NvdVert: niet duidelijk is welk artikel is bedoeld), is onderworpen aan het grondwettelijke voorbehoud van de inachtneming van de grondbeginselen van een democratische rechtsstaat (artikel 8, lid 4, in fine, [van de Portugese grondwet]).” [...] „Op grond van het voorgaande, en in aanmerking genomen dat het in artikel 47, lid 2, van de [Portugese grondwet] vervatte recht behoort tot hoofdstuk II inzake ‚rechten, vrijheden en persoonlijke waarborgen’, die hoeksteen van de democratische rechtsstaat vormen, bevinden wij ons binnen de reikwijdte van het voorbehoud dat wordt vastgesteld in genoemd artikel 8, lid 4, van diezelfde grondwet.”

- 36 Uiteraard wordt niet beoogd dat het Hof van Justitie van de Europese Unie zich uitspreekt over de uitlegging van het nationale (gewone of grondwettelijke) recht van Portugal.
- 37 Er zij nogmaals op gewezen dat het niet een louter theoretische kwestie betreft, maar een aspect dat zonder meer relevant is in het hoofdgeding, waarin, naast de geldigheid van de wijze waarop de overeenkomst is beëindigd, ook de eventueel verschuldigde salarisverschillen in het geding zijn.