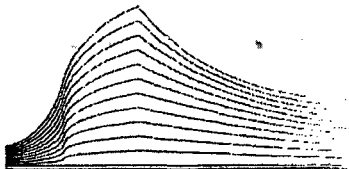




Datum van
inontvangstneming

:

03/07/2018



Repertoriumnummer
2018/387
Datum van uitspraak
14 mei 2018
Rolnummer
2016/AG/238
Kennisgeving cf. art. 792, 1 ^{ste} lid Ger.W. en de aanbeveling 2016/C439/01 v/h HvJ v/d EU op 17 mei 2018 - ongetekend afschrift aan de advocaten en getekend afschrift aan het Hof van Justitie.

Uitgifte

Uitgereikt aan

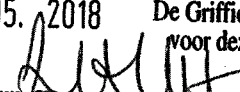
op
€
JGR

Arbeidshof Gent

Afdeling Gent

tweede kamer

Arrest

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. 1.080.791
Luxemburg 28. 05. 2018 De Griffier, voor deze
Fax/E-mail: 
Neergelegd op: 28/05/18 Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

COVER 01-00001150806-0001-0013-01-01-1



ISS FACILITY SERVICES nv, met maatschappelijke zetel te 1000 Brussel, Congresstraat 35, en met KBO-nummer 0403.313.330,
appellante,
vertegenwoordigd door mr. Joan Dubaere, advocaat te 1082 Brussel (Sint-Agatha-Berchem, Keizer Karellaan 586 - bus 9,

tegen

1. [REDACTED]
eerste geïntimeerde,
vertegenwoordigd door de heer Stijn De Beul, gevolmachtigde, afgevaardigde van een representatieve organisatie van werknemers, met burelen te 9000 Gent, Poel 7,
2. **EUROCLEAN nv**, [REDACTED] n [REDACTED]
[REDACTED] 1,
tweede geïntimeerde,
vertegenwoordigd door mr. Stefaan Diels *loco* mr. Edward Carlier, advocaat te 2800 Mechelen, Motstraat 30.

* * *

Gelet op de stukken van het dossier van de rechtspleging en inzonderheid op het eensluidend verklaarde afschrift van het op tegenspraak gewezen eindvonnis van kamer G 2 van de arbeidsrechtbank Gent, afdeling Gent, d.d. 15 oktober 2015 (A.R. nr. 14/2254/A), dat op verzoek van de tweede geïntimeerde op 24 juni 2016 aan de appellante werd betekend.

Gelet op het verzoekschrift tot hoger beroep, op 25 juli 2016 neergelegd ter griffie van het arbeidshof Gent, afdeling Gent.

* * *

1. De feiten

De eerste geïntimeerde was sinds 16 november 1992 als arbeidster (schoonmaakster) in dienst van de nv Multiple Immo Services, met zetel te Brussel, en diens rechtsoptvolgers, eerst de nv CCA, vervolgens de appellante. Zij was verbonden door drie afzonderlijke arbeidsovereenkomsten voor deeltijdse arbeid. Elk hiervan had betrekking op een "werk", deel uitmakend van de Faculteit Diergeneeskunde van de Universiteit Gent. Haar totale arbeidstijd was die van een voltijds werknemer.

Met ingang van 1 september 2004 sloten de appellante en de eerste geïntimeerde een



nieuwe arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De sinds 16 november 1992 verworven anciënniteit werd behouden. De functie van de eerste geïntimeerde werd die van "branch manager". Als zodanig bleef zij verantwoordelijk voor de werven van de Universiteit Gent.

Met ingang van 1 april 2013 werd de eerste geïntimeerde - in opvolging van Thierry Vanlerberghe - "projectbeheerder" van (de) drie werven van de Stad Gent (stuk 21 van de appellante). De appellante was inderdaad belast met het schoonmaken en onderhouden van verschillende stadsgebouwen, verdeeld over drie "percelen". Perceel 1 omvatte de musea en historische gebouwen, perceel 2 de bibliotheken, buurthuizen e.d., perceel 3 de administratieve gebouwen. Het schoonmaken van deze "percelen" zou per 1 september 2013 aan andere bedrijven worden vergund (zie hierna) voor de prijs van 4.931.359,90 euro (perceel 1), 5.344.996,38 euro (perceel 2) en 3.492.716,30 euro (perceel 3).

De eerste geïntimeerde was arbeidsongeschikt van 23 april 2013 tot 26 juli 2013.

Deze opdracht diende opnieuw te worden vergund vanaf 1 september 2013, en dit voor drie jaar, wat gebeurde via een algemene offerteaanvraag (zie het bestek - stuk 41 van de appellante), waarbij, naast de appellante (zie haar stuk 39), ook de tweede geïntimeerde en de nv Cleaning Masters, met zetel te Merksem, een offerte indienden.

Geen enkele van de drie werven werd na afloop van deze procedure aan de appellante vergund. Het eerste en derde "perceel" werden vergund aan de tweede geïntimeerde, het tweede perceel aan de nv Cleaning Masters. Het college van burgemeester en schepenen van de Stad Gent keurde op 13 juni 2013 het gunningsverslag van 13 mei 2013 goed. De beslissing werd op 14 juni 2013 aan de appellante meegedeeld.

Op 1 juli 2013 liet de appellante aan de tweede geïntimeerde weten dat, nu de eerste geïntimeerde "voor 100 %" werkte op de werven van de Stad Gent, die voor ongeveer 85 % werden overgenomen door de tweede geïntimeerde, de cao nr. 32*bis* op haar moest worden toegepast, wat al op 3 juli 2013 door de tweede geïntimeerde werd betwist. In navolgende briefwisseling kwam er geen wijziging in deze standpunten.

De tweede geïntimeerde, gecontacteerd door de vakorganisatie van de eerste geïntimeerde - die zich met dezelfde post ook tot de appellante had gericht - bevestigde haar standpunt ter zake in een brief van 22 augustus 2013.

Bij aangetekend schrijven van 30 augustus 2013 deelde de appellante aan de eerste geïntimeerde mee dat zij, ingevolge overgang van onderneming en haar tewerkstelling op de "percelen" 1 en 3 van de Stad Gent, vanaf 1 september 2013 in dienst zou treden van de tweede geïntimeerde en dat zij bijgevolg vanaf die datum geen deel meer zou uitmaken van haar eigen personeel.



In een aangetekend schrijven van dezelfde datum deelde de appellante aan de tweede geïntimeerde mee dat de eerste geïntimeerde per 1 september 2013 van rechtswege naar haar zou overgaan, zodat zij zich op maandag 2 september 2013 nog enkel bij deze laatste zou kunnen aanmelden.

Sinds 1 september 2013 beschouwde de appellante de eerste geïntimeerde als niet meer in dienst en leverde zij een werkloosheidsattest af (stuk 20 van de eerste geïntimeerde) waarop 31 augustus 2013 als laatste dag van tewerkstelling werd vermeld.

Op 3 september 2013 liet de gevolmachtigde van de tweede geïntimeerde aan de appellante weten dat er geen sprake was van een overgang van onderneming en dat de eerste geïntimeerde bijgevolg geen contractuele relatie met haar had gekregen.

Uit de hierna gevoerde briefwisseling blijkt dat noch de appellante noch de tweede geïntimeerde zich sinds 1 september 2013 nog als werkgever van de eerste geïntimeerde aanzag.

Op 18 november 2013 stelde de eerste geïntimeerde zowel de appellante als de tweede geïntimeerde in gebreke.

2. De procedure in eerste aanleg

Bij gerechtsdeurwaardersexploot, betekend op 13 augustus 2014, werden de appellante en de tweede geïntimeerde door de eerste geïntimeerde gedagvaard om te verschijnen voor de arbeidsrechtbank te Gent, afdeling Gent, en stelde de eerste geïntimeerde een vordering in, strekkende tot veroordeling om aan haar te betalen,

- 1) 81.561,07 euro als opzeggingsvergoeding;
- 2) 1.841,91 euro als eindejaarspremie *pro rata temporis*;
- 3) 670,04 euro als vakantiegeld voor het vakantiedienstjaar 2012;
- 4) 1.836,62 euro, 1.628,29 euro en 208,33 euro als vakantiegeld voor het vakantiedienstjaar 2013, de bedragen *sub* 1 en 2 te vermeerderen met wettelijke en gerechtelijke intrest, de bedragen *sub* 3 en 4 met verwijlntrest en gerechtelijke intrest.

De eerste geïntimeerde vroeg de veroordeling van de appellante en de tweede geïntimeerde tot de afgifte "van de sociale en fiscale documenten *ad hoc* zoals uittreksels uit de individuele rekeningen, verbeterd vakantieattest, aangepast formulier C4", onder verbeurte van een dwangsom van 2,50 euro per dag en per ontbrekend document, bij gebrek aan afgifte binnen de maand na de betekening van het vonnis. Zij vroeg de veroordeling van de appellante en de tweede geïntimeerde tot de afgifte van de fiscale loonfiche nr. 218.10, uiterlijk op 31 maart van het jaar volgend op de uitbetaling van de verschuldigde sommen.

De eerste geïntimeerde vroeg de veroordeling van de appellante en de tweede geïntimeerde tot het betalen van de gerechtskosten. Zij vroeg ten slotte dat het vonnis voorlopig uitvoerbaar zou



verklaard worden ondanks elk verhaal en zonder borgstelling, met uitsluiting van de mogelijkheid van kantonnement.

Bij conclusie, op 24 november 2014 neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank, vroeg de appellante dat de vordering als ongegrond zou afgewezen worden. Zij vroeg de verwijzing van de eerste geïntimeerde in de kosten van het geding. Subsidiair, voor het geval de vordering gegrond zou verklaard worden, vroeg zij dat de tweede geïntimeerde zou veroordeeld worden om haar te vrijwaren voor elke betaling waartoe zij zou veroordeeld worden, zowel in hoofdsom, intrest als gerechtskosten.

Bij conclusie, op 9 februari 2015 neergelegd ter griffie van de arbeidsrechtbank, vroeg de tweede geïntimeerde dat de hoofdvordering en de tussenvordering als ongegrond zouden afgewezen worden. Zij vroeg de verwijzing van de eerste geïntimeerde in de kosten van het geding.

In haar syntheseconclusie, op 9 juli 2015 ter griffie van de arbeidsrechtbank neergelegd, vroeg de eerste geïntimeerde dat de hoofdvordering gegrond zou verklaard worden, in zoverre zij tegen de appellante werd ingesteld. Subsidiair vroeg zij dat deze vordering gegrond zou verklaard worden, in zoverre zij tegen de appellante én de tweede geïntimeerde werd ingesteld, in welk geval de veroordeling *in solidum* moest worden opgelegd. Uiterst subsidiair vroeg zij dat de hoofdvordering enkel tegenover de tweede geïntimeerde gegrond zou verklaard worden.

Bij eindvonnis, op 15 oktober 2015 op tegenspraak gewezen, werd de hoofdvordering ontvankelijk verklaard, in zoverre zij tegen de appellante werd ingesteld. Zij werd onontvankelijk verklaard, in zoverre zij tegen de tweede geïntimeerde werd ingesteld. De hoofdvordering werd gedeeltelijk gegrond verklaard. De appellante werd veroordeeld tot het betalen aan de eerste geïntimeerde van 81.561,07 euro als opzeggingsvergoeding en 1.841,92 euro als eindejaarspremie, beide bedragen vermeerderd met wettelijke en gerechtelijke intrest, alsook van 4.343,28 euro als vakantiegeld, vermeerderd met verwijl-intrest en gerechtelijke intrest. De appellante werd veroordeeld om aan de eerste geïntimeerde "de sociale en fiscale documenten *ad hoc*, zoals uittreksels uit de individuele rekeningen, verbeterd vakantieattest, aangepast formulier C4" alsook de fiscale loonfiche 281.10 af te geven. De "tegenvordering" tegen de tweede geïntimeerde werd ontvankelijk doch ongegrond verklaard. De appellante werd veroordeeld tot het betalen van de kosten van het geding, gevallen aan de zijde van de eerste geïntimeerde. Deze laatste werd verwezen in de kosten van het geding, wat de door haar tegen de tweede geïntimeerde ingestelde vordering betreft.

De eerste rechter was inzonderheid van oordeel:
met betrekking tot de overgang van onderneming

- dat de cao nr. 32bis richtlijnconform moest worden geïnterpreteerd;
- dat de appellante en de tweede geïntimeerde geen overeenkomst hadden gesloten, doch dat het ontbreken van een rechtsband tussen beiden nog niet inhield dat er geen overgang van onderneming kon zijn;



- dat de vraag rees of er *in casu* sprake was van de overgang met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit zou behouden;
- dat, in de schoonmaaksector, hiervan volgens het arrest Temco van 24 januari 2002 sprake kon zijn wanneer er geen andere productiefactoren dan de werknemers waren;
- dat de overgenomen groep volgens het arrest UGT-FSP een voldoende autonomie moest hebben;
- dat de tweede geïntimeerde de schoonmaakactiviteit met betrekking tot 2 percelen van de werf Stad Gent had voortgezet en hiervoor een wezenlijk deel van het personeel van de appellante had overgenomen;
- dat zij ingevolge de cao, gesloten in het Paritair Comité voor de schoonmaak, hoe dan ook geacht werd de arbeiders over te nemen;
- dat deze overdracht niet automatisch de cao nr. 32bis van toepassing maakte;
- dat het van belang was te weten welke functie de eerste geïntimeerde bekleedde;
- dat zij als branch manager moest instaan voor inzonderheid de planning van de schoonmaakwerken en de controle op de uitvoering ervan, d.w.z. dat zij sinds 1 april 2013 belast was met administratieve en organisatorische taken;
- dat zij een deel van die taken op de zetel van de appellante verrichtte;
- dat haar taken niets te maken hadden met de identiteit van de operationele activiteit op de werf maar een louter interne zaak van het bedrijf was;
- dat de tweede geïntimeerde niet kon gebonden zijn door de administratieve en organisatorische schikkingen van de eerste geïntimeerde;
- dat de taken van de eerste geïntimeerde overigens niet beperkt waren tot de percelen die de tweede geïntimeerde na 1 september 2013 zou schoonmaken;
- dat de cao nr. 32bis van de Nationale Arbeidsraad niet toepasselijk was;
- dat de eerste geïntimeerde per 1 september 2013 niet automatisch in dienst was getreden van de tweede geïntimeerde;

met betrekking tot het ontslag

- dat de appellante vanaf 1 september 2013 verder haar verplichtingen als werkgever moest nakomen;
- dat zij echter sindsdien geen werk meer had aangeboden;
- dat zij aldus eenzijdig een essentieel element van de arbeidsovereenkomst had gewijzigd;
- dat dit met een onregelmatig ontslag gelijkstond.

3. De procedure in hoger beroep

In haar akte van hoger beroep vordert de appellante dat het arbeidshof het hoger beroep toelaatbaar en gegrond zou verklaren. Zij vraagt dat, alvorens recht te doen, een prejudiciële vraag zou gesteld worden aan het Europees Hof van Justitie. Zij vraagt dat het arbeidshof vervolgens het bestreden vonnis zou hervormen en, opnieuw wijzende, zou zeggen voor recht dat de tweede



geïntimeerde sinds 1 september 2013 in toepassing van de cao nr. 32bis de werkgever van de eerste geïntimeerde was geworden. Zij vraagt dat het arbeidshof de oorspronkelijke tegen haarzelf ingestelde vordering ongegrond zou verklaren. Subsidiair vraagt zij dat, wanneer de tegen haar ingestelde hoofdvordering gegrond zou bevonden worden, haar tussenvordering ontvankelijk en gegrond zou verklaard worden. Zij vraagt de veroordeling van de eerste geïntimeerde tot het betalen van de kosten van het geding.

In haar conclusie, op 14 november 2016 ter griffie neergelegd, vordert de eerste geïntimeerde dat het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond zou verklaard worden, met bevestiging van het bestreden vonnis. Subsidiair handhaaft zij de door haar voor de eerste rechter in ondergeschikte orde ingestelde vorderingen.

In haar conclusie, op 13 januari 2017 ter griffie neergelegd, vordert de tweede geïntimeerde in hoofddorde dat het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond zou verklaard worden, met bevestiging van het bestreden vonnis en veroordeling van de eerste geïntimeerde tot het betalen van de gerechtskosten.

In haar syntheseconclusie, op 8 februari 2018 ter griffie neergelegd, formuleert de appellante subsidiair een bewijsaanbod.

In haar syntheseconclusie, op 7 maart 2018 ter griffie neergelegd, vraagt de tweede geïntimeerde subsidiair dat de persoonlijke verschijning van de eerste geïntimeerde zou bevolen worden.

De partijen worden in de uiteenzetting van hun middelen en conclusies gehoord op de openbare terechtzitting van 12 maart 2018.

4. De grieven van het hoger beroep

De appellante acht zich gegriefd door het bestreden vonnis.

Zij stelt inzonderheid:

- dat er *in casu* een conventionele overgang van onderneming in de zin van de cao nr. 32bis is geweest;
- dat het gebruik van een sectorale cao dit niet uitsluit;
- dat het personeel dat de appellante op de drie werven van de Stad Gent tewerkstelde, een voor overdracht vatbare entiteit uitmaakte;
- dat de eerste geïntimeerde hiermee als branch manager verbonden was;
- dat de tweede geïntimeerde het grootste deel van de economische activiteit effectief heeft voortgezet en er sprake is van behoud van identiteit;
- dat de eerste geïntimeerde deel uitmaakte van de overgedragen entiteit en sinds 1 september



- 2013 niet langer werknemer van de appellante was doch, gelet op haar hoofdzakelijke bedrijvigheid op de percelen die de tweede geïntimeerde had overgenomen, de werknemer van deze laatste was geworden;
- dat de eerste geïntimeerde geen vordering tegen haar kon instellen, gegrond op een van haar uitgaande ontslag;
 - subsidiair, dat er nooit sprake is geweest van een van de appellante uitgaande ontslaghandeling.

5. Bespreking

5.1. De ontvankelijkheid van het hoger beroep

Het hoger beroep werd tijdig en regelmatig naar de vorm ingesteld. Het is ontvankelijk.

5.2. De gegrondheid van het hoger beroep

5.2.1. De centrale vraag is of er *in casu* een overgang van onderneming is geweest in de zin van artikel 6 van de CAO nr. 32bis van 7 juni 1985 van de Nationale Arbeidsraad betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement. Deze cao zet, voor de private sector, de Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 van de Raad 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, in het Belgische recht om. De bepalingen van de nationale cao moeten bijgevolg richtlijnconform geïnterpreteerd worden.

De toepassing van artikel 6 van de cao nr. 32bis veronderstelt de overgang van een onderneming of een deel van een onderneming.

Dat betekent dat er sprake moet zijn van een overgang, met het oog op de voortzetting van een economische activiteit, van een (duurzaam georganiseerde) economische eenheid die haar identiteit op het tijdstip van de overgang behield (zie [REDACTED] *Conventionele overgang van onderneming*, Brussel, Larcier, 2015, 42-48, nrs. 39-77). Die economische eenheid moet een geheel van georganiseerde middelen, van materiële en/of immateriële aard omvatten (zie echter nr. 5.2.2). De overgang mag niet beperkt zijn tot het voortzetten van één activiteit (zie immers HvJ 11 maart 1997, nr. C-13/95 [REDACTED]), JTT 1997, 272, concl. LA PERGOLA) of tot één bepaald werk (zie immers HvJ 19 september 1995, nr. 48/94 [REDACTED]), JTT 1996, 175). Het moet echter niet noodzakelijk gaan om de overgang van een juridische of technische bedrijfseenheid in de betekenis die doorgaans aan deze termen wordt gehecht.



Dit alles moet gebeuren als gevolg van een overeenkomst.

5.2.2. Anders dan de eerste rechter oordeelt het arbeidshof dat er *in casu* sprake is geweest van een "overgang van onderneming".

Wanneer in een arbeidsintensieve sector, zoals de schoonmaaksector, een groep werknemers duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht, kan hij een economische eenheid vormen die na de overdracht zijn identiteit behoudt en kan er een overgang van onderneming zijn, zonder dat de overdracht ook betrekking heeft op betekenisvolle materiële of immateriële activa (zie HvJ 24 januari 2000, nr. C-571/00 (Temco Service Industries), JTT 2002, 285). In het voornoemde arrest wordt als voorwaarde gesteld dat de overname van het personeel betrekking heeft op een wezenlijk deel - qua aantal en deskundigheid - van de werknemers die de aannemer voor de uitvoering van de opdracht had ingezet.

De eerste rechter stelt, met verwijzing naar HvJ 29 juli 2010, nr. C-151/09 (UGT-FSP), Soc.Kron. 2014, 537 (zie ook HvJ 6 september 2011, nr. C-108/10 (Scattolon), overweging 51, JTT 2012, 196), dat de overgedragen eenheid een voldoende autonomie moet hebben.

Ten slotte moet de overgedragen eenheid ook in dit geval zijn identiteit hebben behouden.

Alle voorwaarden daartoe zijn *in casu* vervuld. De "overeenkomst" (zie nr. 5.2.3) had betrekking op alle werklieden van de appellante die op de werven van de Stad Gent schoonmaakwerkzaamheden uitvoerden in het kader van de aanneming van werk met als voorwerp de door de Stad Gent aan de appellante vergunde opdracht. Zij traden overigens ook van rechtswege in dienst van de tweede geïntimeerde en van de nv Cleaning Masters op grond van artikel 3 van de cao van 12 mei 2003, gesloten in het Paritair Comité voor de schoonmaak- en ontsmettingsondernemingen betreffende de personeelsovername ten gevolge van een overdracht van het onderhoudscontract, algemeen verbindend verklaard bij KB 19 juli 2006 (BS 1 september 2006), en nadien gewijzigd.

Deze werklieden vormden een autonome groep waarvoor de appellante in een speciale omkadering moest voorzien, zowel *in situ* als op de zetel van het bedrijf (zie bijvoorbeeld het organigram onder nr. 28 van haar offerte - niets wijst erop dat dit tot 1 september 2013 anders was). Ware er geen sprake van een autonome groep, dan zou de voormelde sectorale cao overigens moeilijk kunnen toegepast zijn geworden.

Vraag is echter of de overgedragen eenheid zijn identiteit heeft behouden. Welnu, er is niets dat erop wijst dat niet alle voormalige werknemers van de appellante verder tewerkgesteld bleven op de werven van de Stad Gent, zij het dat over de wijze waarop zij voortaan *in situ* werden "beheerd", niets met zekerheid bekend is. Staat niet vast dat ook de tweede geïntimeerde en de nv Cleaning Masters een bediendenteam met dezelfde opdrachten als datgene waartoe de eerste geïntimeerde tot dusver behoorde, behield, al dan niet *in situ*, dan blijkt uit het bestek (stuk 41 van



de appellante) welke uitgebreide omkadering de schoonmakers ook na 1 september 2013 dienden te krijgen.

De Richtlijn 2001/23/EG is overigens ook toepasselijk wanneer de band tussen de “overgenomen” werknemers verloren gaat doordat zij organisatorisch in de onderneming van de verkrijger “ge-integreerd” worden (zie HvJ 12 februari 2009, nr. C-466/07 (Klarenberg), JTT 2009, 385; C. ENGELS, *Overgang van onderneming in het kader van de cao nr. 32bis*, Brugge, die Keure, 2017, 39-40).

Het is ook niet vereist dat de overnemer de bedoeling heeft de overgenomen economische activiteit “op duurzame wijze” voort te zetten (zie Cass. 28 januari 2013, RABG 2013, 1084, noot D. [REDACTED]).

Eén en ander volstaat om *in casu* van behoud van identiteit te kunnen spreken.

5.2.3. Ook de “overeenkomst” vindt men *in casu* terug. Het is niet noodzakelijk dat de overgang het voorwerp was van een bijzondere overeenkomst tussen de appellante en de tweede geïntimeerde. Dat was overigens niet het geval.

Men mag zich overigens niet blind staren op het element “overeenkomst”. Die term komt wel in de cao nr. 32bis van de Nationale Arbeidsraad doch niet in alle versies van de Richtlijn 2001/23/EG voor, zodat het Hof van Justitie oordeelt dat het volstaat dat de overgang van onderneming kadert in de contractuele betrekkingen tussen overdrager en overnemer (zie o.a. HvJ 17 december 1987, nr. 287/86 ([REDACTED]), JTT 1988, 247; HvJ 5 mei 1988, nr. 145/87 ([REDACTED]), JTT 1989, 42, [REDACTED]; zie de toepassing van de richtlijn in geval van *insourcing*: HvJ 10 december 1998, nrs. C-127/96, C-229/96 en C-74/97 ([REDACTED]), JTT 1999, 145). De Belgische wetgeving moet richtlijnconform uitgelegd worden. Of de cao nr. 32bis toepassing kan vinden in gevallen waarin er géén overeenkomst is (zie over dit alles [REDACTED] o.c., 72-73, nr. 115), is hier overigens niet aan de orde.

5.2.4. De cao nr. 32bis van de Nationale Arbeidsraad vereist ten slotte een wijziging van de werkgever, wat opmerkelijk wordt geacht vermits dit precies het gevolg is dat de cao wil teweegbrengen (zie hierover N. THOELEN, o.c., 11-12, nrs. 19-20, volgens wie eigenlijk een wijziging van “ondernemer” wordt bedoeld, een term die thans ook in artikel 1.1.a van de Richtlijn 2001/23/EG voorkomt). De overgang van onderneming ingevolge overeenkomst bracht *in casu ipso facto* de wijziging van de persoon mee die over de in dienst zijnde werknemers het werkgeversgezag zou uitoefenen.

5.2.5. Ingevolge artikel 7 van de cao nr. 32bis van de Nationale Arbeidsraad gingen de rechten en verplichtingen die voor de appellante voortvloeiden uit de op het tijdstip van de overgang op 1 september 2013 bestaande arbeidsovereenkomsten voor werklieden door deze overgang op de tweede geïntimeerde en de nv Cleaning Masters over. Eén en ander gebeurde van rechtswege.



5.2.6. De cruciale vraag die dit hof moet beantwoorden, is evenwel of ook de voor de appellante uit de arbeidsovereenkomst met de eerste geïntimeerde voortvloeiende rechten en verplichtingen door deze overgang op de tweede geïntimeerde en/of de nv Cleaning Masters overgingen. Artikel 7 van de cao nr. 32bis is nagenoeg een kopie van artikel 3.1 van de Richtlijn 2001/23/EG.

Welnu, het arbeidshof oordeelt dat de eerste geïntimeerde per 1 september 2013 deel uitmaakte van de (afdeling van de) onderneming die overging in de zin van artikel 1 van de cao nr. 32bis (zie ook artikel 1 van de Richtlijn). Uit de overgelegde stukken blijkt dat haar taken *exclusief* betrekking hadden op de werven van de Stad Gent waarvan de schoonmaakactiviteiten ingevolge de overgang van onderneming niet langer door de appellante zouden worden verricht. *Waar* de eerste geïntimeerde die taken verrichtte, *in situ* of hoofdzakelijk op de zetel van de appellante, acht het arbeidshof niet relevant.

Het is in het licht van de voornoemde bepalingen evenmin relevant

- hoe lang de eerste geïntimeerde al deel uitmaakte van de overgedragen onderneming, mits haar "overgang" van de werven van de Universiteit Gent naar die van de Stad Gent (zie nr. 1) maar in onderlinge overeenstemming van de partijen is gebeurd, wat *in casu* vast staat (zie inzonderheid stuk 21 van de appellante);
- dat de uitvoering van de arbeidsovereenkomst van de eerste geïntimeerde tussen de datum van deze "overgang" en 1 september 2013 geruime tijd geschorst is geworden ingevolge arbeidsongeschiktheid en jaarlijkse vakantie.

Of de eerste geïntimeerde bij de verkrijger(s) dezelfde functie zou kunnen uitoefenen, en dit bovendien op de "werven" van de Stad Gent zou kunnen doen, en hoe lang zij dit zou kunnen doen, is zonder enig belang (zie nr. 5.2.2).

5.2.7. Uit hetgeen voorafgaat volgt dat, wanneer de drie werven van de Stad Gent *enkel* aan de tweede geïntimeerde zouden zijn toegewezen, de rechten en verplichtingen die voor de appellante voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst met de eerste geïntimeerde, op de tweede geïntimeerde zouden zijn overgegaan.

De eerste geïntimeerde was echter tewerkgesteld op "werven" die aan de tweede geïntimeerde én aan de nv Cleaning Masters werden toegewezen. Hoe de Richtlijn 2001/23/EG (en de cao nr. 32bis die haar omzet), is dit geval moeten worden uitgelegd en toegepast, is vooralsnog onduidelijk. Enerzijds zou kunnen gesteld worden dat de rechten en verplichtingen die uit de arbeidsovereenkomst tussen de appellante en de eerste geïntimeerde voortvloeiden, op de tweede geïntimeerde én op de nv Cleaning Masters zijn overgegaan, telkens voor een gedeelte, inzonderheid in verhouding tot de omvang van de arbeidsprestaties van de betrokkene op de onderscheiden "werven", wat tot gevolg zou hebben dat de eerste geïntimeerde ingevolge de overgang twee werkgevers kreeg en door twee arbeidsovereenkomsten voor deeltijdse arbeid verbonden werd. Dit veronderstelt



natuurlijk dat kan worden uitgemaakt welke de verhouding tussen de tewerkstelling was in de afdeling (*in casu* "werven") die naar de tweede geïntimeerde is overgegaan, en deze in de afdeling (*in casu* "werf") die naar de nv Cleaning Masters is overgegaan (vgl. C. ENGELS, o.c., 58). Er is echter ook een andere mogelijkheid: wanneer vast staat op welke "werven" de eerste geïntimeerde in *hoofdzak* werd tewerkgesteld, kan worden geoordeeld dat *alle* rechten en verplichtingen voortvloeiend uit haar arbeidsovereenkomst, zijn overgegaan op de verkrijger van de afdeling (*in casu* "werf" of "werven") waarin die hoofdzakelijke tewerkstelling plaatsvond. Ten slotte is het ook mogelijk dat de Richtlijn zo moet uitgelegd worden dat de eerste geïntimeerde ondanks de overgang van alle afdelingen van de onderneming waarin zij werd tewerkgesteld, verder in dienst van de appellante is gebleven, terwijl de vraag rijst of dit laatste ook niet het geval is wanneer weliswaar één van beide eerstgenoemde interpretaties de voorkeur verdient doch niet kan uitgemaakt worden welke de omvang van de tewerkstelling van de betrokkene in de verschillende overgedragen afdelingen was.

Het arrest Botzen van het Europees Hof van Justitie van 7 februari 1985 (nr. 186/83, *Jur.* 1985, 519) geeft geen antwoord op deze vragen. Het arbeidshof oordeelt het dan ook opportuun deze vragen aan dit Hof voor te leggen.

* * *

OM DEZE REDENEN,

HET ARBEIDSHOF,

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken en inzonderheid op artikel 24,

Recht doende op tegenspraak,

Alle andere en strijdige conclusies verwerpende,

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk.

Houdt iedere verdere uitspraak aan tot het Hof van Justitie van de Europese Unie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak heeft gedaan over de volgende vraag:

"Moeten de bepalingen van artikel 3.1 van de Richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 van de Raad 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, aldus worden uitgelegd dat, wanneer er sprake is van de gelijktijdige overgang van verschillende onderdelen van een onderneming in de zin van artikel 1.1 van de Richt-



*duktinde en
laatste L.Cad.*

lijn, die aan verschillende verkrijgers worden overgedragen, de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst van een werknemer die in elk van de overgedragen onderdelen werd tewerkgesteld, op ieder van de verkrijgers overgaan, zij het in verhouding tot de omvang van de tewerkstelling van de voornoemde werknemer in het door elke verkrijger verworven onderdeel van de onderneming, dan wel dat de voormelde rechten en verplichtingen in hun geheel overgaan op de verkrijger van het onderdeel van de onderneming waarin de voornoemde werknemer hoofdzakelijk werd tewerkgesteld, dan wel dat, wanneer de bepalingen van de Richtlijn op geen der voornoemde wijzen kunnen uitgelegd worden, er geen overgang naar enige verkrijger is van de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst van de voornoemde werknemer, hetgeen ook het geval is wanneer het niet mogelijk is de omvang van de tewerkstelling van de werknemer in elk van de overgedragen onderdelen van de onderneming afzonderlijk te bepalen?”.

Verzendt de zaak naar de bijzondere rol van de tweede kamer.

Houdt de beslissing over de gerechtskosten aan.

Aldus gewezen door het arbeidshof Gent, afdeling Gent, tweede kamer, samengesteld uit kamervoorzitter Jan Herman, voorzitter, Els Rutten, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werkgever, Marianne Bosteels, raadsheer in sociale zaken, benoemd als werknemer-bediende, en in openbare terechtzitting van maandag veertien mei tweeduizend achttien uitgesproken door de voorzitter, met bijstand van Johan Vermeren, griffier.

Hoofdgriffier

VERGOESTELD VAN GRIFFIERECHT
(Art. 280, 2° Wd. Reg. Hyp. Griffierechten)

PAGE 01-00001150806-0013-0013-01-01-4



