



Datum van inontvangstneming : 15/12/2014

**Zaak C-509/14**

**Verzoek om een prejudiciële beslissing**

**Datum van indiening:**

13 november 2014

**Verwijzende rechter:**

Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Spanje)

**Datum van de verwijzingsbeslissing:**

9 september 2014

**Appellant:**

Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF)

**Geïntimeerden:**

Luis Aira Pascual, Algeposa Terminales Ferroviarios, S.L. en  
FOGASA

---

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAÍS VASCO (Gerechtshof  
Baskenland)**

**SALA DE LO SOCIAL (Arbeidskamer)**

(OMISSIS)

**SOORT PROCEDURE:** hoger beroep (OMISSIS)

(OMISSIS)

**BESLISSING**

(OMISSIS)

BILBAO [BISKAJE], 9 september 2014

In hoger beroep nr. 1285/2014, dat door de Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (spoorinfrastructuurbeheerder; hierna: „ADIF”) is ingesteld tegen de uitspraak van de Juzgado de lo Social nº 10 de Bilbao (arbeidsrechtbank nr. 10

Bilbao) van 17 februari 2014 in zaak 983/2013 betreffende een ontslagprocedure die door Luis Aira Pascual (hierna: „Aira Pascual”) aanhangig is gemaakt tegen ADIF, Algeposa Terminales Ferroviarios, S.L. (hierna: „ALGEPOSA”) en het Fondo de Garantía Salarial (loongarantiefonds; hierna: „FOGASA”). [Or. 1]

(OMISSIS)

### FEITEN

- 1 Op 30 juli 2013 heeft Aira Pascual een vordering ingesteld tegen ADIF en FOGASA, strekkende tot nietigverklaring of subsidiair kennelijk onredelijkverklaring van zijn ontslag van 14 juli 2013 door ADIF, en tot wedertewerkstelling en loondoorbetaling dan wel, als ADIF dat verkiest, betaling van de wettelijke schadevergoeding. Op 14 november 2013 heeft hij ook ALGEPOSA in de vordering betrokken, maar zijn conclusies verder niet gewijzigd.
- 2 Op 17 februari 2014 heeft de rechter in eerste aanleg het ontslag van Aira Pascual door ADIF kennelijk onredelijk verklaard en ADIF veroordeeld tot wedertewerkstelling en loondoorbetaling ad 69,05 EUR per dag, tenzij ADIF ervoor koos om over te gaan tot het betalen van een schadevergoeding van 28 793,29 EUR (wat ook is gebeurd). Ongeacht de keuze van ADIF moest Aira Pascual aan ALGEPOSA de vergoeding terugbetalen die ALGEPOSA hem had uitbetaald wegens de beëindiging van zijn dienstverband (namelijk 9 577,87 EUR).
- 3 De rechter in eerste aanleg heeft met betrekking tot het ontslag door ADIF zijn oordeel gebaseerd op de weigering van ADIF om de plaats in te nemen van ALGEPOSA in het dienstverband dat Aira Pascual tot 14 juli 2013 had met ALGEPOSA, ofschoon ADIF daartoe verplicht was volgens artikel 44 van de vigerende gecodificeerde tekst van het Estatuto de los Trabajadores (werknemersstatuut; hierna: „ET”), als uitgelegd in overeenstemming met het gemeenschapsrecht (richtlijn 2001/23/EG; hierna: „richtlijn”). Het ging immers om overneming van een dienstverleningsovereenkomst waarbij sprake was van één specifieke klant (RENFE OPERADORA) en infrastructuur voor de uitvoering van werkzaamheden (kranen), welke infrastructuur verplicht moest worden gebruikt door de partij waarmee een overeenkomst was gesloten, maar waarbij ADIF weigerde om het voor de uitvoering van de diensten ingezette personeel over te nemen van ALGEPOSA omdat ADIF gebruik wilde maken van zijn eigen personeel.
- 4 ADIF is bij deze Arbeidskamer tegen die uitspraak in beroep gegaan en vordert in wezen afwijzing van de vordering van Aira Pascual op de grond dat ADIF voor de uitvoering van de dienstverleningsovereenkomst niet verplicht is over te gaan tot indeplaatstreding wat het dienstverband van Aira Pascual of dat van andere

werknemers van ALGEPOSA betreft, alsmede subsidiair dat het bedrag van de schadevergoeding wordt verlaagd. **[Or. 2]**

- 5 Zowel Aira Pascual als ALGEPOSA bestrijdt het hoger beroep.
- 6 De Arbeidskamer heeft, alvorens op het hoger beroep te beslissen, op 22 juli 2014 beslist partijen en het openbaar ministerie tijdens een vijfdaagse mondelinge behandeling te horen omtrent de vraag of aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vraag moet worden voorgelegd: „Moet het begrip ‚overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’ als bedoeld in artikel 1, sub b, van richtlijn 2001/23/EG van 12 maart 2001 van de Raad, aldus worden uitgelegd dat daarvan geen sprake is wanneer een onderneming die aan haar klanten bepaalde met haar werkzaamheden samenhangende diensten verleent waarvoor specifieke materiële middelen (die haar eigendom zijn) nodig zijn, aanvankelijk gebruikmaakt van een andere onderneming waarmee met dat doel een overeenkomst is gesloten en waaraan de verplichting is opgelegd om die middelen te gebruiken, en vervolgens besluit om de diensten rechtstreeks te verlenen met haar eigen personeel en niet meer met het personeel van de andere onderneming, zodat de dienstverlening wordt voortgezet met als enige wijziging dat de werknemers die de werkzaamheden uitvoeren, worden vervangen door werknemers die bij een andere werkgever werken?”
- 7 Daarmtrent zijn opmerkingen gemaakt door: 1) ADIF, menende dat voor de beoordeling van zijn hoger beroep geen prejudiciële vraag behoeft te worden gesteld omdat geen sprake is van het overgaan van activa die worden gebruikt voor de uitvoering van de werkzaamheden, terwijl dit bij de overneming van dienstverleningsovereenkomsten vereist is volgens de jurisprudentie van het Spaanse Tribunal Supremo (hoogste gerechtshof); 2) het openbaar ministerie, dat zich niet verzet tegen het stellen van de prejudiciële vraag omdat aldus kan worden achterhaald of het al dan niet gaat om een overgang van een onderneming in de zin van artikel 44 ET, als uitgelegd in het licht van artikel 1, sub b, van de richtlijn, daar in de communautaire rechtspraak de kwestie niet definitief is opgelost.

## **RECHTSOVERWEGINGEN**

### **Bevoegdheid [Or. 3]**

- 8 Krachtens artikel 19, lid 3 sub b, van de geconsolideerde versie van het Verdrag betreffende de Europese Unie en artikel 267, tweede lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (beide verdragen zijn gepubliceerd in het PB van [9 mei 2008]) kan indien een vraag over de uitlegging van het recht van de Unie wordt opgeworpen die bepalend is voor de afdoening van een bij een nationale rechterlijke instantie aanhangige zaak, de nationale rechterlijke instantie het Hof van Justitie van de Europese Unie verzoeken bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen over deze vraag.

### Onderwerp van het geschil

- 9 ADIF, een overheidsbedrijf, is sinds de oprichting ervan bij wet 39/2003 van 17 november 2003 RENFE opgevolgd als exploitant van de overlaaddiensten voor intermodale vervoerseenheden in het station van Bilbao (hierna: „diensten”), welke diensten sinds die datum zijn verstrekt via een dienstverleningsovereenkomst met ALGEPOSA. Die dienstverleningsovereenkomst was ruimer, aangezien de overlaaddiensten in het station van Irún en het onderhoud van de in beide stations aanwezige laad- en losmachines daaronder vielen. Volgens de overeenkomst moest voor het overladen van goederen gebruik worden gemaakt van de kranen van ADIF, wat ook is gebeurd. De ontvanger van die diensten is RENFE OPERADORA. ADIF heeft besloten dat het de dienstverleningsovereenkomst na 30 juni 2013 niet meer zou verlengen en de diensten zelf zou uitvoeren met zijn eigen personeel. Het overheidsbedrijf is niet ingegaan op het verzoek van ALGEPOSA tot indeplaatstreding en weigerde om Aira Pascual en de overige werknemers die door ALGEPOSA werden ingezet voor de uitvoering van de dienstverleningsovereenkomst, over te nemen, zodat ALGEPOSA tot collectief ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen overging. Het ontslag is ingetreden op 11 juli 2013 en trof drie werknemers (onder wie Aira Pascual). Aira Pascual was met betrekking tot zijn dienstverband van mening dat ADIF verplicht was over te gaan tot indeplaatstreding omdat sprake was van een overgang van een onderneming in de zin van artikel 44 ET, als uitgelegd in overeenstemming met de richtlijn, en heeft bezwaar gemaakt tegen zijn ontslag. Voor de afdoening van de zaak is het dus noodzakelijk dat wordt bepaald of al dan niet sprake is van een overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, aangezien in de Spaanse wetgeving de omschrijving van artikel 1, sub b, van de richtlijn is overgenomen. Aira Pascual vermeldt ter onderbouwing van die verplichting geen andere wettelijke grondslag (cao, arbeidsovereenkomst of andere regelingen) dan de genoemde bepaling.
- 10 De arbeidsrechtbank was in haar uitspraak van oordeel dat inderdaad sprake was van een overgang van een onderneming en heeft op die grond de vordering van Aira Pascual toegewezen vanwege kennelijk onredelijk ontslag. ADIF werd veroordeeld, met de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen (gelet op de door ADIF gemaakte keuze ging het concreet om een schadevergoeding van 28 793,29 EUR), en Aira Pascual moest de vergoeding die hij van ALGEPOSA had gekregen naar aanleiding van het collectief ontslag (9 577,87 EUR) terugbetalen. De arbeidsrechtbank wijst erop dat de diensten nog steeds worden verstrekt, met **[Or. 4]** dezelfde specifieke materiële middelen (de kranen van ADIF die ALGEPOSA verplicht was te gebruiken), voor dezelfde klant (RENFE OPERADORA) en op dezelfde plaatsen (ADIF).
- 11 In hoger beroep stelt ADIF dat het in artikel 44 ET en artikel 1, sub b, van de richtlijn bedoelde geval zich niet voordoet. Het voornaamste middel van ADIF is dat geen sprake is van het overgaan van de materiële middelen waarmee

ALGEPOSA de diensten uitvoerde (namelijk de kranen) – welke middelen belangrijk zijn voor die diensten – aangezien de kranen steeds eigendom zijn geweest van ADIF, en dat dit het criterium is dat de Arbeidskamer van het Tribunal Supremo hanteert in geval van overneming van dienstverleningsovereenkomsten. (OMISSIS)

### **Uit te leggen bepalingen van de Europese Unie**

- 12 De Arbeidskamer heeft twijfels omtrent de uitlegging van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. Het gaat met name om artikel 1, sub b, gelezen in samenhang met artikel 1, sub a en c, eerste zin, en met artikel 4, lid 1, eerste alinea, welke bepalingen luiden als volgt:

Artikel 1, sub 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.”

Artikel 1, sub b: „Onder voorbehoud van het bepaalde sub 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.” **[Or. 5]**

Artikel 1, sub c: „Deze richtlijn is van toepassing op openbare en particuliere ondernemingen die een economische activiteit uitoefenen, al dan niet met winstoogmerk. Een administratieve reorganisatie van overheidsdiensten of de overgang van administratieve functies tussen overheidsdiensten is geen overgang in de zin van deze richtlijn.”

Artikel 4, lid 1, eerste alinea: De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.”

### **Desbetreffende jurisprudentie**

- 13 Volgens het Hof van Justitie van de [Europese] Unie vindt indeplaatstreding plaats ook al blijft hetgeen overgaat niet als organisatorische eenheid bestaan, op voorwaarde dat de functionele band tussen de verschillende overgegane productiefactoren wordt gehandhaafd en deze de verkrijger de mogelijkheid biedt om deze productiefactoren te gebruiken om dezelfde of een soortgelijke

economische activiteit voort te zetten (arrest van 12 februari 2009, C-466/07, zaak Klarenberg).

- 14 Het Hof heeft tevens verklaard dat bij het onderzoek of er sprake is van een overgang van onderneming of vestiging in de zin van artikel 1 van de richtlijn, in het geval van gunning van een nieuwe opdracht en gelet op alle feiten, de vaststelling van de overgang van de bedrijfsmiddelen voor gebruik voor eigen rekening geen noodzakelijke voorwaarde is voor de vaststelling van een overgang van deze middelen van de oorspronkelijke opdrachtnemer op de nieuwe opdrachtnemer (arrest van 15 december 2005, C-232/04 en C-233/04, zaak luchthaven [Düsseldorf]).
- 15 Het Hof heeft ook aangegeven dat de richtlijn van toepassing is op situaties waarin een opdrachtgever, die het volledige beheer van de catering voor een ziekenhuis bij overeenkomst aan een eerste ondernemer had toevertrouwd, deze overeenkomst opzegt en voor dezelfde dienstverlening een nieuwe overeenkomst sluit met een tweede ondernemer, wanneer deze tweede ondernemer gebruikmaakt van essentiële materiële activa die voorheen door de eerste ondernemer werden gebruikt en door de opdrachtgever achtereenvolgens aan elk van beiden ter beschikking werden gesteld, ook al zou deze tweede ondernemer te kennen hebben gegeven **[Or. 6]** dat hij niet van plan is het personeel van de eerste ondernemer over te nemen (arrest van 20 november 2003, C-340/01, zaak Sodexho).

### **Nationale regelgeving en jurisprudentie**

- 16 Artikel 44 ET, zoals gewijzigd bij artikel 2, lid 2, van wet 12/2001 van 9 juli 2001, draagt het kopje „Overgang van ondernemingen” en luidt als volgt (de eerste twee leden): „1. De overgang van een onderneming, vestiging of zelfstandige productie-eenheid daarvan leidt niet automatisch tot beëindiging van de arbeidsverhouding; de nieuwe werkgever treedt in de uit de arbeidsovereenkomst en de sociale zekerheid voortvloeiende rechten en verplichtingen van de vorige werkgever, met inbegrip van de pensioenverplichtingen, onder de in de toepasselijke bijzondere regelgeving gestelde voorwaarden en, in het algemeen, in alle verplichtingen inzake aanvullende sociale bescherming die de overdrager is aangegaan. – 2. In dit artikel geldt als overgang van onderneming 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.”
- 17 Met de nieuwe formulering van artikel 44 ET ingevolge die wet is beoogd het Spaanse recht aan te passen aan de Europese richtlijn (met name aan richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998, zoals uitdrukkelijk is aangegeven in de toelichting bij de wet). Het tweede lid was nieuw en had dezelfde inhoud als artikel 1, sub b, van richtlijn 98/50/EG, welke inhoud ook in de thans geldende

richtlijn behouden is gebleven, waaruit duidelijk blijkt dat de Spaanse wetgever wilde dat het begrip overgang van ondernemingen in het Spaanse recht overeenkomt met het in de Unieregeling gebruikte begrip.

- 18 Het Tribunal Supremo heeft het criterium ontwikkeld dat of bij overneming van de dienstverlening door de dienstenexploitant sprake is van een overgang van een onderneming, afhankelijk is van de vraag of al dan niet is voldaan aan de voorwaarden daarvoor wat één van de twee aspecten (activa en personeel) betreft, zoals het geval was in de zaken die hebben geleid tot de arresten van 30 mei 2011 (RCUD 2192/2010), overdracht van activa, en 26 januari 2012 (RCUD 917/2011), overdracht van personeel. In de eerste zaak is wel zo dat het Tribunal Supremo tot dat oordeel is gekomen omdat zijns inziens sprake was van het overgaan van activa (het ging om de gemeentelijke wegsleepdienst) die vóór de overneming eigendom waren geweest van de voormalige opdrachtnemer en eigendom waren geworden van de gemeente na inbeslagneming daarvan. In dat arrest wordt er echter op gewezen dat het **[Or. 7]** anders zou zijn indien bij de overneming geen sprake was van overdracht van activa omdat de gebruikte middelen altijd eigendom van de dienstenexploitant zijn geweest.
- 19 De Tribunales Superiores de Justicia hebben reeds uitspraak gedaan in zaken waarin sprake was van de overneming van een dienstverleningsovereenkomst waarbij aan de opdrachtnemer specifieke materiële middelen beschikbaar waren gesteld om de diensten uit te voeren, en waarin de dienstenexploitant het personeel van de opdrachtnemer niet heeft overgenomen omdat hij had besloten om de diensten uit te voeren met gebruikmaking van zijn eigen personeel. Het betreft evenwel onderling tegenstrijdige beslissingen: 1) het Tribunal Superior de Castilla y León (Valladolid) heeft in een uitspraak van 21 februari 2007 (OMISSIS) geoordeeld dat het personeel moest worden overgenomen omdat het om een overgang van een onderneming ging in een geval waarin de exploitatie van een verzorgingshuis werd overgenomen na afloop van een concessie; 2) deze Arbeidskamer was echter van oordeel dat geen sprake was van een overgang van een onderneming bij de exploitatie van het wagenpark en het tot stilstand brengen, wegslepen en bewaren van voertuigen in de gemeente Santurtzi (uitspraken van 26 november 2013, 30 december 2013 en 28 januari 2014 (OMISSIS)).

#### **Motivering van het verzoek om een prejudiciële beslissing**

- 20 De Arbeidskamer doet een beroep op deze bijzondere vorm van samenwerking tussen rechterlijke instanties omdat er twijfel bestaat over de strekking van artikel 1, sub b, van de richtlijn en daardoor niet op het hoger beroep van ADIF kan worden beslist.
- 21 De vraag rijst omdat naar het oordeel van deze kamer uit geen van de uitspraken van het Hof van Justitie over deze bepaling direct blijkt of het daarin gebruikte begrip overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt ook ziet op de overneming van een dienstverleningsovereenkomst door het



overheidsbedrijf dat diensten exploiteert, in een geval waarin dat bedrijf besluit om de dienstverleningsovereenkomst niet te verlengen en de verleende diensten zelf uit te voeren met gebruikmaking van zijn eigen personeel, dus zonder het personeel van de uitvoerder van de dienstverleningsovereenkomst over te nemen, wanneer voor het uitvoeren van de diensten de daarvoor benodigde materiële middelen (in casu kranen voor het laden en lossen van goederen) belangrijk zijn en die middelen nooit door de opdrachtnemer beschikbaar zijn gesteld, maar door het bedrijf/exploitant van de diensten, dat verlangde dat die middelen zouden worden gebruikt, zodat de dienstverlening na de overneming ongewijzigd wordt voortgezet met dezelfde materiële middelen, maar dan met ander personeel.  
**[Or. 8]**

- 22 Gelet op de vermelde uitspraken van het Hof van Justitie kan volgens deze Arbeidskamer worden aangenomen dat het antwoord is dat een overgang van een onderneming niet zonder meer kan worden uitgesloten om die reden, aangezien voldoende is dat het recht om de materiële middelen te gebruiken overgaat, ook al gaat de eigendom niet over (zoals het geval is in de genoemde gevallen). De leer van de ‚acte clair’ lijkt echter niet te kunnen worden toegepast, hetgeen ook duidelijk blijkt uit de zienswijze van het Tribunal Supremo in zijn arrest van 30 mei 2011, waarin het zich in tegengestelde zin heeft uitgelaten. Het gebrek aan duidelijkheid blijkt tevens uit de tegenstrijdige uitspraken van de Spaanse Tribunales Superiores de Justicia bij het toepassen van de desbetreffende wetgeving.
- 23 Derhalve moet aan het Hof de vraag worden voorgelegd of artikel 1, sub b, juncto artikel 4, lid 1, van de richtlijn zich ertegen verzet dat de Spaanse wettelijke regeling tot uitvoering daarvan aldus wordt uitgelegd dat een overheidsbedrijf dat met zijn werkzaamheden samenhangende diensten exploiteert waarvoor specifieke materiële middelen nodig zijn, niet het personeel hoeft over te nemen van het bedrijf waaraan de uitvoering van die diensten was opgedragen middels een dienstverleningsovereenkomst volgens welke de opdrachtnemer verplicht was de genoemde middelen, welke zijn eigendom zijn, te gebruiken, wanneer het overheidsbedrijf besluit om de dienstverleningsovereenkomst niet te verlengen en de diensten zelf uit te voeren met gebruikmaking van zijn eigen personeel, en niet langer dat van de opdrachtnemer, zodat de dienstverlening ongewijzigd wordt voortgezet, maar dan door werknemers die bij een andere werkgever werken.

(OMISSIS)

## DICTUM

### DE ARBEIDSKAMER BESLIST ALS VOLGT:

1.- Het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

Verzet artikel 1, sub b, juncto artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 zich ertegen dat de Spaanse wettelijke regeling tot uitvoering daarvan aldus wordt uitgelegd [**Or. 9**] dat een overheidsbedrijf dat met zijn werkzaamheden samenhangende diensten exploiteert waarvoor specifieke materiële middelen nodig zijn, niet het personeel hoeft over te nemen van het bedrijf waaraan de uitvoering van die diensten was opgedragen middels een dienstverleningsovereenkomst volgens welke de opdrachtnemer verplicht was de genoemde middelen, welke zijn eigendom zijn, te gebruiken, wanneer het overheidsbedrijf besluit om de dienstverleningsovereenkomst niet te verlengen en de diensten zelf uit te voeren met gebruikmaking van zijn eigen personeel, en niet langer dat van de opdrachtnemer, zodat de dienstverlening ongewijzigd wordt voortgezet, maar dan door werknemers die bij een andere werkgever werken?

(OMISSIS)

(OMISSIS) [**Or. 10**]

(OMISSIS)

[nationale procesrechtelijke aspecten]

(OMISSIS)