



Datum van inontvangstneming : 25/04/2018

Zaak C-194/18

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:

19 maart 2018

Verwijzende rechter:

Vrhovno sodišče Republike Slovenije (Slovenië)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

20 februari 2018

Verzoekende partij:

██████████

Verwerende partijen:

BANKA KOPER

ALTA INVEST

**VRHOVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE**

VERZOEK OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING

Voor de Vrhovno sodišče Republike Slovenije (hoogste rechterlijke instantie van de Republiek Slovenië) is een arbeidsrechtelijke procedure aanhangig die verzoeker, ██████████ heeft ingeleid tegen verweerders: **1. BANKA KOPER, d.d.**, en **2. ALTA INVEST, d.d.**,

opdat wordt **vastgesteld dat de arbeidsovereenkomst onrechtmatig is opgezegd.**

De Vrhovno sodišče Republike Slovenije

heeft bij beslissing van 20 februari 2018 de behandeling van de zaak geschorst en beslist dat het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing moet worden verzocht.

Feiten en rechtskader

1. Op 23 december 2011 heeft de raad van bestuur van de eerste verweerster (de bank) besloten om te stoppen met de verlening van beleggingsdiensten en -activiteiten en nevendiensten (van financiële bemiddeling) in de zin van de Zakon o trgu finančnih instrumentov (wet inzake financiële instrumenten; hierna: „ZTFI”). Op 27 juni 2012 heeft zij met de tweede verweerster een overdrachtsovereenkomst gesloten met de door artikel 159 ZTFI voorgeschreven inhoud: zo heeft de eerste verweerster de door haar beheerde financiële instrumenten en de andere activa van haar klanten, de boekhouding van immateriële schuldinstrumenten van haar klanten, de andere beleggingsdiensten en nevendiensten als bedoeld in de ZTFI, alsmede het archief – dat wil zeggen alle documentatie met betrekking tot de beleggingsdiensten en -activiteiten die de eerste verweerster verplicht was voor de opdrachtgevers te bewaren – en alle verplichtingen en aansprakelijkheden van de eerste verweerder in verband met beheer en de bewaring van deze documentatie en de toegang daartoe, overgedragen aan de tweede verweerster (die dergelijke diensten verleent). Daarnaast zijn de twee verweersters overeengekomen dat de eerste verweerster voor de tweede verweerster als ondergeschikt financieel intermediair zou optreden. De eerste verweerster heeft alle klanten aan wie zij financiële bemiddelingsdiensten heeft verleend daarom in juli 2012 ingelicht dat zij deze diensten niet langer zou verlenen, en verzocht om een nieuwe financieel bemiddelaar te kiezen. Meer in het bijzonder heeft zij op de mogelijkheid gewezen om als klant over te gaan naar de tweede verweerster en voor die overstap speciale voorwaarden aangeboden (zij zou de overdrachtskosten dragen). De grote meerderheid van de klanten is vervolgens inderdaad naar de tweede verweerster overgestapt. Naar aanleiding van haar verklaring dat zij van haar lidmaatschap afziet en haar verzoek van 3 september 2012 om zich uit de bemiddelingsactiviteiten terug te trekken, is de eerste verweerster van de onderhandelingen bij de beurs van Ljubljana uitgesloten, en heeft de Bank van Slovenië de eerste verweerster vervolgens op 5 maart 2014 toestemming gegeven om als ondergeschikte commissionair diensten te verlenen.
2. Op 17 september 2012 heeft de eerste verweerster een nieuw intern reglement vastgesteld voor de planning van arbeidsplaatsen, waarmee zij de afdeling beleggingsdiensten heeft opgeheven en, in deze context, derhalve ook de functie van effectenhandelaar „I”. [REDACTED] (hierna: „verzoeker”) was door de eerste verweerster op grond van een arbeidsovereenkomst van 30 juni 2011 voor onbepaalde tijd in dienst genomen als effectenhandelaar „I” bij de afdeling beleggingsdiensten. Nadat de functie was geschrapt werd de voormelde

■

overeenkomst op 11 oktober 2012 om redenen van zakelijke aard opgezegd, net als bij alle andere werknemers van de opgeheven afdeling beleggingsdiensten. De eerste verweerster heeft aan allen een nieuwe arbeidsovereenkomst voor andere taken aangeboden. Verzoeker heeft het voorstel van de nieuwe overeenkomst voor andere taken bij de eerste verweerster niet aanvaard, omdat hem zijns inziens geen passend werk werd aangeboden. Na het verstrijken van de opzegtermijn werd zijn arbeidsovereenkomst derhalve beëindigd.

3. Met zijn beroep in de onderhavige zaak heeft verzoeker primair gevorderd dat wordt vastgesteld dat de opzegging om zakelijke redenen van de arbeidsovereenkomst bij de eerste verweerster onrechtmatig is, dat hij weer bij de eerste verweerder in dienst wordt genomen, en dat alle uit de opgezegde arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten, van de opzegging van de arbeidsovereenkomst tot aan de nieuwe indienstneming, worden erkend. Subsidiair, voor het geval de primaire vordering wordt afgewezen, heeft hij gevorderd dat hij bij de tweede verweerster in dienst wordt genomen, en dat daarbij alle uit de opgezegde arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten, van de opzegging van de arbeidsovereenkomst met de eerste verweerster tot aan de nieuwe indienstneming bij de tweede verweerster, worden erkend. Volgens hem was niet voldaan aan de voorwaarden voor opzegging van de arbeidsovereenkomst om zakelijke redenen, aangezien:
- primair: de noodzaak om de betrokken arbeidswerkzaamheden onder de voorwaarden van de arbeidsovereenkomst bij de eerste verweerster te verrichten niet is weggevallen (slechts een deel van de door hem verrichte taken is overbodig geworden, doch niet alle taken die met de functie verband houden);
 - subsidiair: de eerste verweerder heeft de activiteiten van onderhandeling en beheer van waardepapieren overgedragen in de zin van het destijds geldende artikel 73 Zakon o delovnih razmerjih (arbeidswet; hierna: „ZDR”), met als gevolg dat de tweede verweerster verzoeker in dienst had moeten nemen.

Procesverloop en argumenten van partijen

4. Partijen zijn het er niet over eens of de eerste verweerster heeft aangetoond dat er een geldige reden voor ontslag was. Volgens verzoeker zijn bepaalde aspecten van de functie effectenhandelaar „I” immers behouden gebleven, en hoeven na de opheffing van de afdeling (voor beleggingsdiensten) slechts enkele van zijn taken niet meer te worden verricht. De primaire vordering van verzoeker heeft betrekking op dit deel, dat in het verzoek om een prejudiciële beslissing niet aan de orde is. De vraag die in dit verzoek wél aan de orde is, is of de activiteit van financiële bemiddeling door de eerste verweerster aan de tweede verweerster is overgedragen in de zin van artikel 73 ZDR inzake de overgang van ondernemingen of onderdelen van ondernemingen, en van richtlijn 2001/23/EEG 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, of dat de eerste verweerster de arbeidsovereenkomst van verzoeker daarentegen rechtmatig om zakelijke redenen heeft beëindigd omdat de uitoefening van financiële bemiddeling werd stopgezet. Naar mening van verzoeker is door de overname van de activiteit van financiële bemiddeling een deel van de activiteiten overgegaan in de zin van de voormelde richtlijn, aangezien de activiteit van beleggingsdiensten na de rechtsovergang via de operationele eenheden en het klantennetwerk van de eerste verweerster op dezelfde wijze wordt voortgezet als vóór de overgang, en wel zodanig dat deze activiteit, samen met alle bijbehorende middelen, behouden blijft, met als enige verschil dat de verworven beleggingsactiviteit op basis van de overeenkomst van 27 juni 2018 [2012] waarbij de beleggingsdiensten zijn overgedragen door de tweede verweerster wordt uitgeoefend. Daarnaast stelt verzoeker dat de twee partijen de indienstneming van de werknemers van het overgegangene onderdeel van de onderneming niet (geldig) bij overeenkomst hadden kunnen uitsluiten. De twee verweersters hebben in de overeenkomst uitdrukkelijk bepaald dat de eerste verweerster en de tweede verweerster naar aanleiding van de stopzetting van de beleggingsdiensten een overeenkomst voor de overdracht van de beleggingsdiensten en de nevendiensten zouden sluiten, hetgeen volgens verzoeker gelijk staat aan de overgang van een deel van de activiteit.

5. De eerste verweerster heeft aangevoerd dat zij, na te hebben besloten om de activiteit van financiële bemiddeling stop te zetten, overeenkomstig artikel 159 ZTFI verplicht was om de boekhouding van de immateriële schuldinstrumenten van de klanten over te dragen aan een andere rechtspersoon die in de Republiek Slovenië bevoegd is tot de verlening van beleggingsdiensten en -activiteiten. De klantenkring, het personeel, de bedrijfsruimten en de werkinstrumenten waren niet bij de overgang inbegrepen. De klanten hebben kunnen kiezen met welke bemiddelingsinstellingen zij een overeenkomst wilden sluiten. De eerste verweerster heeft niet besloten dat haar opdrachtgevers klant van de tweede verweerster moesten worden en dat evenmin van hen gevraagd. Aan de opdrachtgevers die naar de tweede verweerster zijn overgestapt heeft zij enkele voordelen geboden (betaling van de overdrachtskosten). Nu is zij op de markt werkzaam als ondergeschikte commissionair (zij ontvangt en verzendt orders van de klanten betreffende beleggingsdiensten en financiële instrumenten in naam en voor rekening van brokerage-ondernemingen).
6. De tweede verweerster heeft aangevoerd dat de overnameovereenkomst is gesloten in nakoming van artikel 159 ZTFI. Volgens deze bepaling moet een brokerage-onderneming of een bank die stopt met de verlening van beleggingsdiensten en -activiteiten aan klanten, ervoor zorgen dat een andere rechtspersoon waaraan de autoriteit voor de financiële markten toestemming voor beleggingsdiensten- en activiteiten heeft verleend, alle documentatie met betrekking tot de diensten en de financiële activiteiten overneemt, samen met alle verplichtingen en aansprakelijkheden van de brokerage-onderneming in verband met het beheer van het archief.

-
7. Bij vonnis van 28 januari 2014 heeft de rechter in eerste aanleg zowel de primaire als de subsidiaire vordering van verzoeker afgewezen. De rechter in tweede aanleg heeft het vonnis van de rechter in eerste aanleg bevestigd, en het hoger beroep van verzoeker bij arrest van 25 september 2014 verworpen. Beide rechters zijn bij hun beslissing over de primaire vordering ervan uitgegaan dat de eerste verweerster heeft aangetoond dat er ontslagredenen van zakelijke aard zijn en dat de functie van effectenhandelaar „I”, onder de voorwaarden van de arbeidsovereenkomst, overbodig is geworden. De beslissing van beide rechters over de subsidiaire vordering (waarop het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betrekking heeft) is daarentegen gebaseerd op de vaststelling dat er in casu geen overgang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming als bedoeld in artikel 73 ZDR en richtlijn 2001/23/EEG heeft plaatsgevonden.
 8. De rechter in eerste aanleg heeft verklaard dat niet is voldaan aan de voorwaarden om te kunnen erkennen dat een deel van de activiteiten is overgegaan. Op het tijdstip waarop de eerste verweerster heeft besloten om met de uitoefening van deze activiteit te stoppen, moest zij, om de belangen van haar klanten te beschermen, een overdrachtsovereenkomst sluiten met de tweede verweerster, doch zij was daartoe verplicht op grond van de wet, wegens de stopzetting van de activiteit van financiële bemiddeling. Op basis van de overdrachtsovereenkomst is geen enkele zaak, geen enkel recht, en geen enkele werknemer op de tweede verweerster overgegaan. De klanten hebben kunnen kiezen. Zij konden vrij beslissen om hun effecten aan de tweede verweerster of een willekeurige andere brokerage-onderneming over te dragen. Ondanks dat de eerste verweerster de opdrachtgevers die naar de tweede verweerster zijn overgestapt heeft gegarandeerd dat zij de overdrachtskosten zou betalen, en ondanks dat de meerderheid van deze opdrachtgevers zich tot de tweede verweerster heeft gewend, heeft de rechter in eerste aanleg geoordeeld dat een dergelijke overstap niet kon worden gekwalificeerd als een overgang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming, aangezien deze onderneming haar identiteit noch in economische, noch in functionele zin heeft behouden.
 9. De rechter in tweede aanleg heeft geoordeeld dat de tussen de eerste en de tweede verweerster gesloten overdrachtsovereenkomst en de uitvoering daarvan geen wijziging van werkgever inhouden als bedoeld in artikel 73 ZDR of artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23/CE, en in het licht van de arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake de uitlegging van deze richtlijn. Volgens deze rechter was doorslaggevend dat de eerste verweerster de klanten niet aan de tweede verweerster heeft overgedragen; de klanten hebben zelf besloten naar wie zij overstapten, ongeacht wat de eerste of de tweede verweerster wilde. Een groot deel van de klanten aan wie de eerste verweerster voorheen financiële bemiddelingsdiensten verleende, ontvangt deze diensten nu van de tweede verweerster. Toch volstaat deze omstandigheid volgens de rechter in tweede aanleg niet om te kunnen concluderen dat er sprake is geweest van een overgang van een onderdeel van een onderneming. Evenmin doorslaggevend was het streven van de eerste en de tweede verweerster dat de opdrachtgevers, die in de toekomst gebruik zouden hebben gemaakt van de bemiddelingsdiensten van de

tweede verweerster, hun orders naar de eerste verweerster bleven sturen. Deze rechter heeft verduidelijkt dat dit slechts een manier is om orders in te dienen, en geen omstandigheid waarmee wordt aangetoond dat de identiteit behouden is gebleven, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof van Justitie. Volgens hem kan evenmin worden geconcludeerd dat er sprake is van een overgang als in aanmerking wordt genomen dat de eerste verweerster als ondergeschikte commissionair van de tweede verweerster werkzaam is. De eerste verweerster verricht deze activiteit nog steeds, hetgeen ten hoogste een aanvullend argument vormt voor de stelling dat er in casu geen wijziging van werkgever is geweest. Deze rechter is niet ingegaan op de verwijzing van verzoeker naar de arresten van het Hof van Justitie van 14 april 1994, [REDACTED] (C-392/92, EU:C:1994:134) en van 7 maart 1996, [REDACTED] (C-171/94 en C-172/94, EU:C:1996:87).

10. Tegen het arrest van de rechter in tweede aanleg heeft verzoeker cassatieberoep ingesteld, waarbij hij heeft aangevoerd dat het materiële recht onjuist is toegepast. Hij heeft benadrukt dat er volgens de wet een overgang van activiteit tussen de eerste en de tweede verweerster heeft plaatsgevonden, ook al heeft de tweede verweerster geen werknemers in dienst genomen (aangezien partijen de overdracht van werknemers bij overeenkomst hadden uitgesloten). Volgens verzoeker had de overdrachtsovereenkomst als de rechtsgrondslag van de overgang van een onderdeel van de onderneming moeten worden aangemerkt, aangezien 91 % van de klanten van de eerste naar de tweede verweerster is overgestapt. Het simpele feit dat de tweede verweerster blijft handelen met de effecten van de opdrachtgevers die van de eerste verweerster naar haar zijn overgestapt, volstaat als bewijs dat de overgang heeft plaatsgevonden. Na deze overgang is de verlening van beleggingsdiensten via de operationele eenheden en het klantennetwerk van de [tweede] verweerster op dezelfde wijze voortgezet als vóór de overgang, zodat de rechter deze situatie had moeten aanmerken als behoud van de activiteit samen met het geheel van middelen, met de instrumenten die eerder aan de eerste verweerster toebehoorden en nu door de tweede verweerster worden beheerd. De verlening van diensten waarbij effectenhandel wordt uitgeoefend is nooit onderbroken geweest. Het voormelde onderdeel van de onderneming van de eerste verweerster heeft binnen de tweede verweerster zijn eigen organisatorische autonomie behouden, en wordt door middel van het bedrijfsnetwerk van de tweede verweerster versterkt. Volgens verzoeker heeft de eerste verweerder met de overdrachtsovereenkomst de beleggingsdiensten aan de tweede verweerster toevertrouwd, en is het economische substraat van dit deel van de activiteit behouden gebleven. Om deze reden volhardt verzoeker in haar stelling dat is voldaan aan de criteria voor overgang van artikel 1, lid 1, onder b), van richtlijn 2001/23/EG.
11. Bij arrest van 25 mei 2015 heeft de Vrhovno sodišče het cassatieberoep van verzoeker verworpen. Volgens deze rechter konden de stopzetting van de financiële bemiddeling door de eerste verweerster en de reorganisatie van de procedures in de nieuwe vorm van ondergeschikte commissionair, tevens gelet op het feit dat de materiële middelen, de werknemers en de organisatorische structuur niet zijn overgedragen, niet worden aangemerkt als de overgang van een

■

onderneming in de zin van artikel 73 ZDR of richtlijn 2001/23/EG. De klanten zijn vrijwillig overgestapt. Zij hebben de nieuwe financiële handelaar zelf kunnen kiezen. De eerste verweerster was wettelijk verplicht om te garanderen dat de bescherming van de rechten van haar klanten ook werd voortgezet indien zij niet reageerden op de kennisgeving dat de activiteit werd stopgezet, en daarom heeft zij de volledige documentatie naar een andere brokerage-onderneming doorgestuurd.

12. Tegen het arrest van de Vrhovno sodišče heeft verzoeker constitutioneel beroep ingesteld, waarbij hij heeft aangevoerd dat constitutionele rechten zijn geschonden omdat de Vrhovno sodišče richtlijn 2001/23/CE kennelijk onjuist heeft uitgelegd en zijn verzoek om een prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie zonder motivering heeft afgewezen.
13. Bij beslissing van 16 november 2017 heeft de Ustavno sodišče Republike Slovenije (grondwettelijk hof van de Republiek Slovenië) het arrest van de Vrhovno sodišče vernietigd en de zaak voor een nieuwe beslissing terugverwezen. Het heeft vastgesteld dat enkele grondrechten zijn geschonden, te weten die in de artikelen 22 en 23 van de Ustava Republike Slovenije (Sloveense grondwet), aangezien de Vrhovno sodišče in wezen geen antwoord heeft gegeven op de vragen van verzoeker over de betekenis die aan bepaalde feitelijke omstandigheden moet worden toegekend (de contractuele uitsluiting van de verplichting alle werknemers in dienst te nemen, de overdracht van de klantenkring met het bijbehorende vermogen, alsook de subjectieve wil van de verkrijger van de klantenkring), en evenmin op de vraag of er sprake is van een overgang in de zin van richtlijn 2001/23/EG. Een antwoord op deze vragen kon evenmin worden afleid uit de in dat arrest verrichte analyse van de uitspraken van het Hof van Justitie. Daarnaast is twijfel gerezen (in afzonderlijke meningen van de verschillende rechters van de Ustavno sodišče) of de Vrhovno sodišče in een bijzonder ingewikkelde context als die van de bescherming van werknemers in geval van overgang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming, gelet op eerdere arresten van het Hof van Justitie, terecht heeft geoordeeld dat er in de onderhavige zaak vragen aan de orde zijn die reeds volledig zijn beantwoord in de rechtspraak van het Hof van Justitie, en wel zodanig dat geen prejudiciële verwijzing nodig is.

Bepalingen van nationaal recht

14. Artikel 73, lid 1, ZDR luidt als volgt:

„Indien als gevolg van de juridische overgang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming die heeft plaatsgevonden op grond van een wet of andere regelgeving, een rechtshandeling en/of een definitieve rechterlijke beslissing of als gevolg van een fusie of een splitsing, de werkgever wordt gewijzigd, gaan de uit de arbeidsverhouding voortvloeiende contractuele en

andere rechten en verplichtingen van de werknemers die op de datum van overgang op de werknemers bestonden, op de verkrijgende werkgever over.”

Artikel 88, lid 1, eerste streepje, van de ZDR bepaalt het volgende:

„Geldige redenen voor gewone opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever zijn:

- wegvallen van de noodzaak om bepaalde taken onder in de arbeidsovereenkomst vastgestelde voorwaarden te verrichten, om economische, organisatorische, technologische, structurele of vergelijkbare redenen voor de werkgever (hierna: „zakelijke redenen”).”*

In artikel 89, lid 1, zevende streepje, van de ZDR staat te lezen:

„[...] ongeldige redenen voor de gewone opzegging van een arbeidsovereenkomst zijn tevens wijziging van werkgever in de zin van artikel 73, lid 1, van deze wet”

Artikel 159, lid 1, ZTFI, luidt als volgt:

„Indien de algemene vergadering van een brokerage-onderneming besluit tot ontbinding van deze onderneming en tot inleiding van een liquidatieprocedure, of besluit de activiteit van deze onderneming zodanig te wijzigen dat zij niet langer beleggingsdiensten en -activiteiten verricht, zijn mutatis mutandis de artikelen 76 tot en met 80 van de Zakon o bančništvu (wet op het bankwezen) van toepassing.”

Artikel 159, lid 3, van de ZTFI bepaalt het volgende:

„In het in lid 1 van dit artikel vermelde geval moet de brokerage-onderneming:

1. alle noodzakelijke handelingen verrichten om:

- door haar beheerde financiële instrumenten en andere activa van klanten,*
- de boekhouding betreffende de immateriële schuldinstrumenten van de klanten, en*
- andere diensten die aan klanten worden verleend,*

over te dragen aan een andere (rechts)persoon die, overeenkomstig artikel 32 van deze wet, toestemming heeft voor de verlening van beleggingsdiensten en -activiteiten in de Republiek Slovenië;

2. garanderen dat de in punt 1 van dit lid genoemde (rechts)persoon het volgende verkrijgt:

- alle documentatie met betrekking tot de beleggingsdiensten en -activiteiten die de brokerage-onderneming verplicht was te bewaren, en*

-
- *alle verplichtingen en aansprakelijkheden van de beleggingsmaatschappij in verband met het beheer en de bewaring van deze documentatie, alsmede de toegang daartoe.*”

Motivering van de prejudiciële verwijzing

15. De eerste verweerder heeft besloten om te stoppen met de verlening van financiële-bemiddelingsdiensten. Volgens de wet (de ZTFI) moet een brokerage-onderneming (of een bank) die de verlening van dergelijke diensten stopzet, de belangen beschermen van de klanten aan wie zij deze diensten verleent, en moeten met name de door haar beheerde financiële instrumenten en andere activa van klanten en de boekhouding van de immateriële schuldinstrumenten en de andere diensten die aan de klanten worden verleend, worden overgedragen aan een andere rechtspersoon die zich met financiële bemiddeling bezighoudt. Om deze reden hebben de eerste en de tweede verweerster een overnameovereenkomst gesloten. De tweede verweerster was contractueel verplicht om de documentatie en de diensten over te nemen, ongeacht het aantal opdrachtgevers dat zou hebben besloten zich tot haar te wenden. Daardoor werd voorkomen dat opdrachtgevers die hun effecten en andere diensten niet naar een andere brokerage-onderneming hadden overgeplaatst zonder verlener van dergelijke diensten kwamen te zitten. Alle opdrachtgevers zijn door de eerste verweerster ingelicht over de stopzetting van de diensten, en over de mogelijkheid om naar de tweede verweerster of een willekeurige andere brokerage-onderneming over te stappen. De opdrachtgevers hebben vrij besloten tot welke brokerage-onderneming zij zich in de toekomst voor de verlening van deze diensten wilden wenden. De meeste – maar niet alle – klanten hebben besloten om naar de tweede verweerster over te stappen. De meesten hebben daartoe een uitdrukkelijke verklaring afgelegd. Degenen die niet op de kennisgeving hebben gereageerd en geen enkele andere beleggingsmaatschappij hebben gekozen, zijn eveneens door de tweede verweerster overgenomen, aangezien de opdrachtgevers waren gewaarschuwd dat indien zij niet reageerden, ervan werd uitgegaan dat zij instemden met de overstap naar de tweede verweerder.
16. In het kader van de nieuwe zaak in cassatie heeft de Vrhovno sodišče geoordeeld dat „om uitspraak te kunnen doen over de gegrondheid van de vordering van verzoeker, eerst antwoord moet worden gegeven op de voorafgaande vraag over de uitlegging van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG, dat wil zeggen, of het feit dat de financiële instrumenten en de andere activa van de beheerde klanten, de boekhouding van de immateriële schuldinstrumenten van de klanten en de andere financiële en bijkomende diensten en het archief zijn overgedragen, als een fundamenteel aspect moet worden aangemerkt bij de beoordeling of er sprake is van de overgang van een vestiging, van een onderneming of een deel van een vestiging of een onderneming. De Vrhovno sodišče stelt niet de vraag die volgens verzoeker essentieel is, namelijk of partijen de overdracht van werknemers bij overeenkomst kunnen uitsluiten. Op zich is het immers evident dat een dergelijk contractueel beding (net als de subjectieve wil van de verkrijger) geen enkel

gevolg kan hebben indien is voldaan aan de voorwaarden voor een overgang. Deze rechter vraagt zich af of er in de onderhavige zaak sprake kan zijn van een overgang in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG, met name als in aanmerking wordt genomen dat de eerste verweerster in het kader van de stopzetting van de financiële bemiddeling diende te garanderen dat de rechten van de klanten aan wie zij haar financiële diensten verleende werden beschermd, en zij dit heeft gedaan door de volledige documentatie betreffende de opdrachtgevers aan wie zij haar financiële diensten verleende – welke documentatie noodzakelijk is voor financiële bemiddeling – naar de tweede verweerster te sturen. In geval van stopzetting van deze activiteit is dit een wettelijk vereiste. De opdrachtgevers waren niet bij de overgang inbegrepen en op geen enkele wijze daaraan gebonden, aangezien zij het recht en de mogelijkheid hadden om in de toekomst de bemiddelingsdiensten van de tweede verweerster of die van een willekeurige andere brokerage-onderneming te kiezen. De eerste verweerster heeft noch de werknemers, noch de werkinstrumenten of andere materiële middelen, noch de organisatiestructuur aan de tweede verweerster overgedragen. Indien de klanten vrij waren bij de keuze van de bemiddelingsonderneming die hun na de stopzetting van de financiële diensten van de eerste verweerster hetzelfde soort diensten zou verlenen, rijst de vraag: is er sprake van een overgang omdat de meeste klanten het voorstel van de eerste verweerster hebben aanvaard en voor de tweede verweerster hebben gekozen, of zou er daarentegen ook sprake van een overgang zijn geweest indien de opdrachtgevers van de eerste verweerster zich uit vrije wil gelijkmatiger over de brokerage-ondernemingen hadden verspreid (anders dan in de onderhavige zaak het geval is, waarin de meerderheid naar de tweede verweerster is overgestapt)? De rechter vraagt zich af of een overeenkomst tussen de eerste en de tweede verweerster waarbij de door eerstgenoemde beheerde financiële instrumenten en de andere activa van de klanten, de boekhouding van hun immateriële schuldinstrumenten en andere financiële en bijkomende diensten als bedoeld in de ZTFI en het archief – los van het aantal klanten dat in de eindfase van de eerste naar de tweede verweerster zou zijn overgestapt – zijn overgedragen, moet worden aangemerkt als een doorslaggevend aspect bij de vaststelling of er sprake is van een juridische overgang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming.

17. Gelet op een en ander verzoekt de Vrhovno sodišče het Hof van Justitie van de Europese Unie krachtens artikel 267, derde alinea, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

- Moet 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 werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen] aldus worden uitgelegd dat ook een overgang zoals die welke in de onderhavige zaak heeft plaatsgevonden, die betrekking had op de financiële instrumenten en andere activa van de klanten (in concreto, effecten), de boekhouding van de immateriële schuldinstrumenten van de



klanten en andere financiële en bijkomende diensten en het archief, als rechtsovergang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming moet worden aangemerkt, indien rekening ermee wordt gehouden dat de toevertrouwing van deze diensten aan de tweede verweerder, na de stopzetting van de financiële bemiddeling door de eerste verweerder, uiteindelijk afhangt van de beslissing van de opdrachtgevers (klanten)?

- Is in de beschreven omstandigheden het aantal opdrachtgevers waaraan deze dienst, na de stopzetting van de financiële bemiddeling door de eerste verweerder, momenteel door de tweede verweerder wordt verleend, doorslaggevend?
- Heeft de omstandigheid dat de eerste verweerder haar activiteit met de opdrachtgevers voortzet als ondergeschikte commissionair en in het kader van deze functie met de tweede verweerder samenwerkt, enige invloed op de vaststelling of sprake is van een overgang van een onderneming of een vestiging?