

beidsrecht blijft, ook met gezichtspunten, spannend! Gelukkig maar.

mr. dr. A. van Zanten-Baris
Juridisch Adviesbureau Arbeidsrecht Simpel

183

Verkrijger moet overgedragen bedrijfsonderdeel duurzaam kunnen voortzetten, maar liquidatie op termijn niet uitgesloten

Hof van Justitie EU
13 juni 2019, nr. C-664/17, ECLI:EU:C:2019:496
(mr. Prechal, mr. Biltgen, mr. Malenovský,
mr. Fernlund, mr. Rossi)
Noot mr. Y. Bijloo, mr. S. Palm

Overdracht mag gericht zijn op liquidatie op termijn, maar verkrijger moet mogelijkheid hebben om bedrijfsonderdeel duurzaam voort te zetten.

[Richtlijn 2001/23/EG art. 1; BW art. 7:662, 7:663]

Verzoekers, 90 werknemers, zijn ongeveer 30 jaar geleden bij de Griekse onderneming Nafpigeia in dienst getreden. Nafpigeia is in 2002 geprivatiseerd. Kort daarna heeft Nafpigeia een dochteronderneming opgericht, ETYE, om bepaalde werkzaamheden te gaan uitvoeren. De werknemers zijn bij ETYE gaan werken. Op 28 september 2007 hebben Nafpigeia en ETYE een overeenkomst gesloten die voorzorg in liquidatie van ETYE per 30 september 2008. Op 1 oktober 2007 zijn de aandelen van ETYE in het bezit gekomen van een Duits concern. In 2010 is ETYE failliet verklaard. De werknemers hebben de rechter verzocht om vast te stellen dat zij nog steeds een arbeidsovereenkomst hadden met Nafpigeia. De cassatierichter heeft het HvJ EU prejudiciële vragen gesteld over het begrip "economische eenheid" in art. 1 Richtlijn 2001/23/EG.

Het Hof overweegt dat de richtlijn ook van toepassing is op de overgang van een onderdeel van een bedrijf wanneer de vervreemder of de verkrijger of beiden samen niet alleen het voortzetten van het onderdeel door de verkrijger beogen, maar ook de toekomstige verdwijning van de verkrijger

in het kader van een liquidatie. Dit is echter anders als de overgang wordt misbruikt om de liquidatie te vergemakkelijken zonder de financiële gevolgen ervan te hoeven dragen. Het is aan de nationale rechter om te beoordelen of dit het geval is. In dit kader is van belang dat een overgang alleen onder Richtlijn 2001/23/EG valt wanneer deze het de verkrijger mogelijk maakt de activiteiten of bepaalde activiteiten van de overdragende onderneming op duurzame wijze voort te zetten. Aan dit duurzaamheids criterium wordt niet voldaan als de overgedragen onderneming niet de mogelijkheid heeft om haar economisch doel te bereiken zonder een beroep te doen op de productiefactoren van derden en als zij over onvoldoende garanties beschikt dat zij toegang heeft tot deze productiefactoren en dus afhankelijk is van de economische keuzen die deze derde eenzijdig maakt. Ook dit dient de nationale rechter te beoordelen.

NB. De verkrijger van een bedrijfsonderdeel moet in beginsel in staat zijn om de economische activiteiten ervan voort te zetten, wil er sprake zijn van overgang van onderneming. Dat is ook mogelijk als de vervreemder beslissende invloed blijft houden bij de verkrijger (HvJ EU, «JAR» 2014/104, Amatori, m.nt. Beltzer) en ook als liquidatie op termijn wordt beoogd, mits geen sprake is van misbruik. Van een overgang in de zin van de richtlijn is geen sprake als alleen een taak wordt overgedragen met als doel deze af te ronden (HvJ EG, «JAR» 1995/233, Rygaard).

Daniel Ustariz Aróstegui,
tegen
Departamento de Educación del Gobierno de Navarra.

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van clause 4 van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (hierna: "raamovereenkomst"), die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (PB 1999, L 175, blz. 43).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Daniel Ustariz Aróstegui en het Departamento de Educación del Gobierno de

Navarra (ministerie van Onderwijs van de autonome regio Navarra, Spanje; hierna: “ministerie”) betreffende de weigering van het ministerie om hem een toelage op basis van rang toe te kennen.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Richtlijn 1999/70 is volgens artikel 1 ervan gericht op “de uitvoering van de [...] door de algemene brancheoverkoepelende organisaties [Europees Verbond van Vakverenigingen (EVV), Unie van Industrie- en Werkgeversfederaties der Europese Gemeenschap (Unice), Europees Centrum van gemeenschapsbedrijven (CEEP)] gesloten raamovereenkomst [...], die in de bijlage is opgenomen”.

4. Clause 1 van de raamovereenkomst bepaalt dat het doel van deze overeenkomst is de kwaliteit van arbeid voor bepaalde tijd te verbeteren door de toepassing van het non-discriminatiebeginsel te waarborgen, en een kader vast te stellen om misbruik als gevolg van het gebruik van opeenvolgende arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voor bepaalde tijd te voorkomen.

5. Clause 3 van de raamovereenkomst, met als opschrift “Definities”, bepaalt:

“In deze overeenkomst wordt verstaan onder:

1. ‘werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’: iemand met een rechtstreeks tussen een werkgever en een werknemer aangegane arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voor bepaalde tijd waarvan het einde wordt bepaald door objectieve voorwaarden zoals het bereiken van een bepaald tijdstip, het voltooiën van een bepaalde taak of het intreden van een bepaalde gebeurtenis;

2. ‘vergelijkbare werknemer in vaste dienst’: een werknemer met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd, in dezelfde vestiging, die hetzelfde of soortgelijk werk verricht of dezelfde of een soortgelijke functie uitoefent, waarbij rekening wordt gehouden met kwalificaties/bekwaamheden [...]”.

6. Clause 4 van de raamovereenkomst heeft als opschrift “Non-discriminatiebeginsel” en bepaalt in punt 1:

“Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd louter op grond van het feit dat zij voor bepaalde tijd werken, niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare werknemers in vaste

dienst, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.”

Spaans recht

7. Artikel 3 van Texto Refundido del Estatuto del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas de Navarra (geconsolideerde tekst van het statuut van het overheidspersoneel van Navarra), goedgekeurd bij Decreto Foral Legislativo 251/1993 (regionaal wetsbesluit 251/1993), van 30 augustus 1993 (hierna: “DFL 251/93”) bepaalt in lid 1:

“Het personeel in dienst van de overheidsinstanties van Navarra bestaat uit:

- a) ambtenaren;
- b) tijdelijk personeel;
- c) arbeidscontractanten.”

8. Artikel 12 DFL 251/93 luidt:

“De ambtenaren bij de overheidsinstanties van Navarra worden op basis van de voor indiensttreding vereiste diploma’s en de taken die zij vervullen, ingedeeld in de volgende niveaus [...]”.

9. Artikel 13 DFL 251/93 bepaalt:

“1. Elk niveau in de zin van het vorige artikel omvat zeven rangen.

2. Nieuwe ambtenaren worden ingedeeld in rang 1 van het toepasselijke niveau.

3. Overeenkomstig het bepaalde in artikel 16 van dit statuut kunnen de ambtenaren binnen hun niveau stelselmatig opklimmen van rang 1 tot rang 7.”

10. Artikel 16 DFL 251/93 bepaalt:

“1. Ambtenaren kunnen, elk binnen hun niveau, achtereenvolgens opklimmen van rang 1 naar rang 7, ongeacht welk specifiek gebied hun academische titel, opleiding of beroep bestrijkt.

2. Verhoging in rang geschiedt jaarlijks met inaanmerkingneming van het volgende:

a) noodzakelijke voorwaarde voor verhoging in rang is dat de betrokkene ten minste twee jaar anciënniteit heeft in zijn huidige rang;

b) ambtenaren kunnen gedurende ten hoogste acht jaar tot dezelfde rang behoren, met uitzondering van degenen die rang 7 hebben bereikt;

c) onverminderd het bepaalde in de vorige punten wordt 10% van de ambtenaren in de rangen 1 tot en met 6 op basis van anciënniteit bevorderd naar de onmiddellijk hogere rang;

d) na een op geschiktheid berustende selectie, overeenkomstig de daartoe vastgestelde voorschriften, kan maximaal 10% van de ambtenaren

in de rangen 1 tot en met 6 worden bevorderd naar de onmiddellijk hogere rang.”

11. De vierde overgangsbepaling van DFL 251/93 luidt als volgt:

“1. Vanaf 1 januari 1992 tot aan de vaststelling van de regeling tot wijziging van de huidige rang- en anciënniteitsregeling, als bedoeld in artikel 13 van de [Ley Foral 5/1991 de Presupuestos Generales de Navarra para 1991 (wet 5/1991 van de autonome gemeenschap Navarra betreffende de algemene begroting van Navarra voor 1991) van 26 februari 1991], wordt het in artikel 16 van dit statuut vervatte stelsel van verhoging in rang tijdelijk opgeschort. Vanaf de bewuste datum zal die verhoging voor elke ambtenaar afzonderlijk en naar anciënniteit binnen ieders rang, plaatsvinden als volgt:

a) ambtenaren van de rangen 1 tot en met 6 worden automatisch in rang verhoogd na 6 jaar en 7 maanden dienst in de onmiddellijk lagere rang, en

b) bij de eerste toepassing van deze nieuwe regeling zal worden uitgegaan van de anciënniteit van de betrokken ambtenaar in de rang op 31 december 1991. Voor ambtenaren die op die datum méér dan 6 jaar en 7 maanden dienst in de rang hebben, geldt het verschil als anciënniteit in de volgende rang. De berekening van die anciënniteit en de financiële gevolgen ervan hebben een voorlopig karakter, in afwachting van de uitkomst van de vorderingen in rechte die zijn ingesteld met betrekking tot de bijzondere premies voor vijf jaar dienst.

2. Ten gevolge van het bepaalde in lid 1 behouden de ambtenaren, vanaf die datum en bij wijze van voorlopige maatregel, in de in artikel 17 van dit statuut bedoelde gevallen van bevordering naar een hoger niveau binnen hetzelfde bestuur, de rang en de anciënniteit in die rang die zij hadden onmiddellijk vóór de bevordering.”

12. Volgens artikel 40, lid 2, DFL 251/93 bestaat de individuele basisvergoeding van de ambtenaren uit het startsalaris voor het betrokken niveau waarop de ambtenaar zich bevindt, de toelage op grond van de rang die hij heeft behaald en de anciënniteitspremie. Dit artikel bepaalt voorts dat de individuele basisvergoedingen een verworven recht vormen dat eigen is aan de status van ambtenaar.

13. Artikel 11 van Decreto Foral 68/2009 por el que se regula la contratación de personal en régimen administrativo en las Administraciones Pú-

blicas de Navarra (regionaal decreet 68/2009 tot regeling van de indienstneming van personeel op basis van publiekrechtelijke overeenkomsten bij de overheid van Navarra) van 28 september 2009 bepaalt in de versie van Decreto Foral 21/2017 (regionaal decreet 21/2017) van 29 maart 2017 (hierna: “regionaal decreet 68/2009”):

“Medewerkers die in dienst worden genomen op basis van publiekrechtelijke overeenkomsten ontvangen het salaris dat is vastgesteld voor de positie die zij bekleden of voor de taken die zij vervullen, een anciënniteitspremie en kinderbijslag. Zij komen niet in aanmerking voor de [toelage op grond van] rang, een individuele basisvergoeding die is voorbehouden aan medewerkers met de status van ambtenaar.”

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

14. In september 2007 is Ustariz Aróstegui op basis van een publiekrechtelijke overeenkomst voor bepaalde tijd door het ministerie in dienst genomen als docent. Sindsdien is hij werkzaam bij verschillende onderwijsinstellingen.

15. Op 1 juli 2016 heeft Ustariz Aróstegui het ministerie verzocht om hem met terugwerkende kracht van vier jaar de toelage op basis van rang toe te kennen die docent-ambtenaren met dezelfde anciënniteit als hij ontvangen op grond van regionaal decreet 68/2009.

16. Bij verzoekschrift van 18 oktober 2016 heeft hij bezwaar aangetekend tegen de stilzwijgende afwijzing van dit verzoek. Zijn bezwaar is op 23 december 2016 afgewezen bij een regionaal besluit van het ministerie.

17. Tegen dit regionaal besluit heeft Ustariz Aróstegui op 28 februari 2017 beroep ingesteld bij de verwijzende rechter, de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1 de Pamplona (bestuursrechtbank nr. 1 Pamplona, Spanje).

18. De verwijzende rechter merkt op dat de enige objectieve voorwaarde die de thans in Navarra geldende wettelijke regeling stelt aan de toelage op basis van rang, anciënniteit is, namelijk van 6 jaar en 7 maanden in de onmiddellijk lagere rang, en dat de verhoging in rang automatisch geschiedt door tijdsverloop. Hij preciseert tevens dat de nationale regeling het rangensysteem opvat als een typisch loopbaansysteem voor ambtenaren, en de toelage op basis van rang bijgevolg ziet als een individuele vergoeding die eigen is aan de status van ambtenaar, wat dus een subjectieve voorwaarde vormt voor de toekenning ervan.

19. Ustariz Aróstegui voldoet volgens de verwijzende rechter aan de objectieve voorwaarde van 6 jaar en 7 maanden dienst maar niet aan de subjectieve voorwaarde inzake ambtenarenstatus.

20. De verwijzende rechter preciseert dat de taken, diensten en professionele verplichtingen van een docent-ambtenaar geenszins verschillen van die van een docent-arbeidscontractant met een publiekrechtelijke overeenkomst, en vraagt zich daarom af of de aard en de doelstelling van de toelage op basis van rang een objectieve reden kunnen zijn die rechtvaardigt dat arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst minder gunstig worden behandeld.

21. In die omstandigheden heeft de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 1 de Pamplona de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Moet clause 4 van [de raamovereenkomst] aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een regionale bepaling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die de toekenning en de betaling van een bepaalde toelage op de bezoldiging uitdrukkelijk uitsluit voor de personeelsleden van de overheidsinstanties van Navarra die behoren tot de groep ‘arbeidscontractanten die in dienst zijn genomen op basis van een publiekrechtelijke overeenkomst’ – waarvan de dienstbetrekking voor bepaalde tijd is – op grond dat die toelage een beloning vormt voor de bevordering in een betrekking en voor de ontwikkeling van een loopbaan die specifiek en alleen openstaat voor personeel met de status van ‘ambtenaar’ – waarvan de dienstbetrekking voor onbepaalde tijd is?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

22. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst aldus moet worden uitgelegd dat deze bepaling zich verzet tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die het recht op een salaristoelage voorbehoudt aan docenten die in het kader van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd zijn aangesteld als ambtenaar, en die met name docenten die op basis van een publiekrechtelijke overeenkomst voor bepaalde tijd in dienst zijn als arbeidscontractant, daarvan uitsluit.

23. Er zij aan herinnerd dat clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst verbiedt om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd

louter op grond van het feit dat zij voor bepaalde tijd werken qua arbeidsvoorwaarden minder gunstig te behandelen dan werknemers in vaste dienst die zich in een vergelijkbare situatie bevinden, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.

24. In casu moet er ten eerste op worden gewezen dat Ustariz Aróstegui door het ministerie als docent in dienst is genomen op basis van een publiekrechtelijke overeenkomst voor bepaalde tijd, zodat vaststaat dat hij onder het begrip “werknemer met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd” in de zin van clause 4, punt 1, juncto clause 3, punt 1, van de raamovereenkomst en, derhalve, binnen de werkingssfeer van deze bepalingen valt.

25. Wat ten tweede het begrip “arbeidsvoorwaarden” in de zin van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst betreft, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat het beslissende criterium om te bepalen of een maatregel onder dit begrip valt, juist het dienstverband is, namelijk de arbeidsverhouding die tussen een werknemer en zijn werkgever tot stand is gekomen (arrest van 5 juni 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

26. Aldus vallen volgens het Hof onder meer onder dit begrip, driejaarlijkse anciënniteitstoelagen (zie in die zin arrest van 22 december 2010, Gaviro Gavieiro en Iglesias Torres, C-444/09 en C-456/09, EU:C:2010:819, punt 50, en beschikking van 18 maart 2011, Montoya Medina, C-273/10, niet gepubliceerd, EU:C:2011:167, punt 32), zesjaarlijkse toelagen voor permanente educatie (zie in die zin beschikking van 9 februari 2012, Lorenzo Martínez, C-556/11, niet gepubliceerd, EU:C:2012:67, punt 38), de deelname aan een beroepsbeoordelingsplan en de bij een positieve beoordeling daaraan verbonden financiële toelage (beschikking van 21 september 2016, Álvarez Santirso, C-631/15, EU:C:2016:725, punt 36), en de deelname aan een stelsel van een horizontale loopbaan die aanleiding geeft tot een loontoeslag (beschikking van 22 maart 2018, Centeno Meléndez, C-315/17, niet gepubliceerd, EU:C:2018:207, punt 47).

27. In casu blijkt uit de door de verwijzende rechter verstrekte inlichtingen dat het vervullen van zes jaar en zeven maanden diensttijd de enige objectieve voorwaarde is om de betrokken toelage toegekend te krijgen, wat betekent dat de toelage

juist vanwege de arbeidsverhouding wordt betaald. In die omstandigheden moet de toekenning ervan dan ook worden beschouwd als een “arbeidsvoorwaarde” in de zin van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst.

28. Ten derde moet in herinnering worden geroepen dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het non-discriminatiebeginsel, waarvan clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst een bijzondere uitdrukking is, verlangt dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (arrest van 5 juni 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

29. Het ministerie heeft dienaangaande in zijn schriftelijke opmerkingen betoogd dat het door Ustariz Aróstegui in het hoofdgeding aangevoerde verschil in behandeling tussen ambtenaren en arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst niet onder het verbod van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst valt, aangezien het volgens het nationale recht niet de bepaalde of onbepaalde duur van de arbeidsverhouding is die bepaalt of men recht heeft op de betrokken toelage, maar wel de al dan niet contractuele aard daarvan.

30. Voorts hebben de Spaanse regering en het ministerie er ter terechtzitting bij het Hof op gewezen dat onderwijzend personeel dat voor onbepaalde tijd in dienst is genomen op basis van een privaatrechtelijke overeenkomst, evenmin recht heeft op die toelage.

31. Het moet evenwel worden benadrukt dat uit de tekst van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst voortvloeit dat het volstaat dat de betrokken werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd minder gunstig worden behandeld dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst, opdat die eersten zich op deze clause kunnen beroepen.

32. Zoals de advocaat-generaal in punt 31 van haar conclusie heeft aangegeven, is daartoe dus niet vereist dat de betrokken tijdelijke werknemers minder gunstig dan alle categorieën van vaste werknemers worden behandeld.

33. Bijgevolg moet worden onderzocht of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde ambtenaren en arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst zich in een vergelijkbare situatie bevinden.

34. Om te beoordelen of werknemers hetzelfde of soortgelijk werk in de zin van de raamovereenkomst verrichten, moet overeenkomstig clause 3, punt 2, en clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst worden onderzocht of deze werknemers kunnen worden geacht zich in een vergelijkbare situatie te bevinden, gelet op een reeks van factoren, zoals de aard van het werk, de opleidingsvereisten en de arbeidsomstandigheden (arrest van 5 juni 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35. In casu staat het aan de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om de feiten te beoordelen, om na te gaan of de ambtenaren zich in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van de arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst (zie naar analogie arrest van 5 juni 2018, Grupo Norte Facility, C-574/16, EU:C:2018:390, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt echter dat er geen verschillen bestaan tussen de taken, diensten en professionele verplichtingen van een docent-ambtenaar en die van een docent die, zoals Ustariz Aróstegui, als arbeidscontractant met een publiekrechtelijke overeenkomst werkt.

37. Onder voorbehoud van de verificatie die de verwijzende rechter in het licht van alle relevante gegevens dient te verrichten, moet derhalve worden geoordeeld dat de situatie van een tijdelijke werknemer zoals Ustariz Aróstegui vergelijkbaar is met die van een werknemer die bij het ministerie in vaste dienst is.

38. In die omstandigheden moet worden geconstateerd dat er, zoals de advocaat-generaal in punt 44 van haar conclusie heeft aangegeven, sprake is van een verschil in behandeling doordat arbeidscontractanten in de publieke sector de in het hoofdgeding aan de orde zijnde toelage niet krijgen toegekend, terwijl ambtenaren in een vergelijkbare situatie wel recht op deze toelage hebben.

39. Ten vierde moet worden nagegaan of er een objectieve reden in de zin van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst bestaat die dit verschil in behandeling kan rechtvaardigen.

40. Volgens vaste rechtspraak van het Hof verlangt het begrip “objectieve redenen” dat de geconstateerde ongelijke behandeling wordt gerechtvaardigd door precieze en concrete factoren, die kenmerkend zijn voor de betreffende arbeidsvoorwaarde, in de bijzondere context waarin deze

voorwaarde is gesteld en op grond van objectieve en transparante criteria, zodat kan worden nagegaan of deze ongelijkheid voorziet in een werkelijke behoefte, geschikt is om de nagestreefde doelstelling te bereiken en daartoe noodzakelijk is. Deze factoren kunnen met name voortvloeien uit de bijzondere aard van de taken waarvoor overeenkomsten voor bepaalde tijd zijn gesloten en uit de daaraan inherente kenmerken, of eventueel uit het nastreven van een legitieme doelstelling van sociaal beleid van een lidstaat (arresten van 13 september 2007, *Del Cerro Alonso*, C-307/05, EU:C:2007:509, punt 53; 22 december 2010, *Gaviro Gavieiro en Iglesias Torres*, C-444/09 en C-456/09, EU:C:2010:819, punt 55, en 5 juni 2018, *Grupo Norte Facility*, C-574/16, EU:C:2018:390, punt 54).

41. Wanneer als basis uitsluitend de omstandigheid wordt genomen dat arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst, zoals *Ustariz Aróstegui*, tijdelijk in dienst zijn, is daarentegen aan bovenstaande vereisten niet voldaan, zodat deze omstandigheid als zodanig geen objectieve reden in de zin van clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst kan vormen. Wanneer zou worden aanvaard dat de tijdelijke aard van de werkzaamheden op zichzelf reeds volstaat om een verschil in behandeling van werknemers in tijdelijke dienst ten opzichte van werknemers in vaste dienst te rechtvaardigen, dan zouden de doelstellingen van richtlijn 1999/70 en van de raamovereenkomst immers elke betekenis verliezen en zou een voor werknemers in tijdelijke dienst ongunstige situatie worden bestendigd (arrest van 8 september 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, punt 74 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42. De Spaanse regering en het ministerie hebben in hun schriftelijke opmerkingen dienaangaande betoogd dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde toelage een individuele basisvergoeding vormt die eigen is aan de status van ambtenaar. De toelage is meer specifiek bedoeld om de vooruitgang van de ambtenaar in zijn loopbaan te belonen, wat volgens hen rechtvaardigt dat onder meer arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst ervan zijn uitgesloten. Zij kunnen immers niet stijgen in rang.

43. In dit verband zij eraan herinnerd dat de lidstaten, gelet op de beoordelingsmarge waarover zij beschikken bij de organisatie van hun overheidsdiensten, in beginsel zonder in strijd te han-

delen met richtlijn 1999/70 of de raamovereenkomst voorwaarden kunnen verbinden aan de toegang tot de status van ambtenaar en de arbeidsvoorwaarden voor de ambtenaren kunnen bepalen (arresten van 18 oktober 2012, *Valenza e.a.*, C-302/11-C-305/11, EU:C:2012:646, punt 57, en 20 september 2018, *Motter*, C-466/17, EU:C:2018:758, punt 43). Zo hebben de lidstaten het recht om anciënniteitsvoorwaarden te stellen voor de toegang tot bepaalde betrekkingen en mogen ze de toegang tot een interne bevordering voorbehouden aan ambtenaren, voor zover dit voortvloeit uit de noodzaak om rekening te houden met objectieve vereisten in verband met de betrekking in kwestie die niets te maken hebben met de bepaalde duur van de arbeidsverhouding (zie in die zin arrest van 8 september 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, punten 76 en 79).

44. Daarentegen voldoet een abstracte en algemene voorwaarde volgens welke iemand de status van ambtenaar moet hebben om een arbeidsvoorwaarde als die in het hoofdgeding te genieten, zonder dat met name de bijzondere aard van de te vervullen taken of de daaraan inherente kenmerken in aanmerking zijn genomen, niet aan de in de punten 40 en 41 van het onderhavige arrest uiteengezette vereisten (zie in die zin arrest van 8 september 2011, *Rosado Santana*, C-177/10, EU:C:2011:557, punt 80).

45. Evenzo heeft het Hof geoordeeld dat het openbaar belang dat aan de regels voor de toegang tot overheidsfuncties is verbonden, geen verschil in behandeling kan rechtvaardigen (zie in die zin arrest van 25 juli 2018, *Vernaza Ayovi*, C-96/17, EU:C:2018:603, punt 46).

46. Zoals de advocaat-generaal in punt 51 van haar conclusie heeft opgemerkt, kan het feit dat artikel 11 van regionaal decreet 68/2009 arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst uitsluit van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde toelage dus slechts worden gerechtvaardigd indien de inherente kenmerken van de ambtenarenstatus echt doorslaggevend zijn voor de toekenning ervan.

47. In casu blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier dat de toekenning van die toelage niet samenhangt met het feit dat de betrokken ambtenaar in rang stijgt, maar met zijn anciënniteit. Het is niet omdat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde toelage oorspronkelijk was bedoeld als een erkenning voor de verdiensten van ambtenaren in

hun loopbaan en zich dus onderscheidde van een maatregel die er alleen toe strekt anciënniteit te belonen, dat die toelage eigen is aan de ambtenarenstatus. De overgangsbepalingen die ten tijde van de feiten in het hoofdgeding van toepassing waren, hebben het stelsel van bevordering naar een hogere rang immers opgeschort en vervangen door een regeling waarbij de betrokken toelage gewoon wordt toegekend na een bepaalde diensttijd, waardoor er geen enkel verschil meer is met een eenvoudige anciënniteitstoelage. Onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter krijgen ambtenaren de in het hoofdgeding aan de orde zijnde toelage dus louter toegekend omdat zij de vereiste diensttijd vervullen, en heeft de toelage geen invloed op de positie in hun loopbaan.

48. Wat voorts het argument van de Spaanse regering en het ministerie betreft dat de taken van ambtenaren anders van aard zijn, wat kan rechtvaardigen dat zij gunstiger worden behandeld dan vergelijkbare arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst, moet worden geconstateerd dat het aan het Hof overgelegde dossier hierover geen concrete, nauwkeurige informatie bevat. Hoe dan ook zou een dergelijk verschil slechts relevant kunnen zijn indien de toelage bedoeld was als beloning voor het uitvoeren van taken die alleen door ambtenaren kunnen worden uitgevoerd en niet door tijdelijke arbeidscontractanten. De omstandigheid – die ter terechtzitting bij het Hof door het ministerie is bevestigd – dat de perioden waarin op basis van tijdelijke contracten is gewerkt volledig meetellen wanneer een arbeidscontractant vast wordt benoemd, lijkt de stelling tegen te spreken dat de uitvoering van dergelijke taken doorslaggevend is voor de toekenning van de toelage, omdat een arbeidscontract dit soort taken zagezegd niet heeft kunnen uitvoeren vóór zijn vaste benoeming (zie naar analogie beschikking van 22 maart 2018, Centeno Meléndez, C-315/17, niet gepubliceerd, EU:C:2018:207, punt 75).

49. Bijgevolg moet, onder voorbehoud van de door de verwijzende rechter in dit verband te verrichten verificaties, worden geoordeeld dat er in casu geen “objectieve redenen” in de zin van clausele 4, punt 1, van de raamovereenkomst bestaat die kan rechtvaardigen dat arbeidscontractanten met een publiekrechtelijke overeenkomst die de vereiste diensttijd hebben vervuld, zijn uitgesloten

van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde toelage.

50. Gelet op het voorgaande dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat clausele 4, punt 1, van de raamovereenkomst aldus moet worden uitgelegd dat deze bepaling zich verzet tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die het recht op een salaristoelage voorbehoudt aan docenten die in het kader van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd zijn aangesteld als ambtenaar, en die met name docenten die op basis van een publiekrechtelijke overeenkomst voor bepaalde tijd in dienst zijn als arbeidscontractant, daarvan uitsluit, indien het vervullen van een bepaalde diensttijd de enige toekenningsvoorwaarde voor die toelage is.

Kosten

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

Het Hof (Tweede kamer) verklaart voor recht

Clausele 4, punt 1, van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, moet aldus worden uitgelegd dat deze bepaling zich verzet tegen een nationale regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die het recht op een salaristoelage voorbehoudt aan docenten die in het kader van een arbeidsverhouding voor onbepaalde tijd zijn aangesteld als ambtenaar, en die met name docenten die op basis van een publiekrechtelijke overeenkomst voor bepaalde tijd in dienst zijn als arbeidscontractant, daarvan uitsluit, indien het vervullen van een bepaalde diensttijd de enige toekenningsvoorwaarde voor die toelage is.

NOOT

1. De zaak *Ellinika Nafpigeia AE (ENAE)* gaat over identiteitsbehoud – als bedoeld in art. 1 Richtlijn

2001/23/EG – bij de overgang van een productie-eenheid. Het Hof van Justitie legt voor de beoordeling van identiteitsbehoud in deze zaak de nadruk op het duurzaamheidsvereiste en de (functionele) autonomie. De vraag in deze noot: hebben duurzaamheid en (functionele) autonomie een vastomlijnde betekenis in de rechtspraak van het Hof van Justitie over deze richtlijn?

2. Allereerst oordeelt het Hof van Justitie dat Richtlijn 2001/23/EG ook van toepassing kan zijn indien de vervreemder, de verkrijger of beiden zowel de voortzetting van de economische activiteit als de toekomstige liquidatie van de verkrijger voor ogen hebben, mits de verkrijger wel eerst de activiteit heeft voortgezet. De vrijheid om – na overgang – de activiteiten te staken is echter niet onbegrensd. Unieregelgeving mag volgens het Hof van Justitie niet worden misbruikt. Het Hof van Justitie verstrekt vervolgens aanwijzingen gericht op het duurzaamheidsvereiste. Deze richtlijn is niet van toepassing ingeval de verkrijger de desbetreffende activiteit niet duurzaam kan voortzetten. Aan het duurzaamheidsvereiste is volgens het Hof van Justitie niet voldaan, indien een geheel van productiefactoren vanaf de overgang erop is gericht een onevenwichtigheid tussen de inputs en outputs in de productie te doen ontstaan, met als gevolg dat de productie kan vastlopen en de overgegangene activiteit kan verdwijnen (in punt 56 spreekt het hof overigens over het ‘stabiliteitsvereiste’, maar uit een vergelijking met de Engelse taalversie van deze uitspraak blijkt dat duurzaamheid wordt bedoeld). Aan het duurzaamheidsvereiste is mogelijk evenmin voldaan indien de overgegangene eenheid is beperkt tot de uitvoering van welbepaalde overeenkomsten of programma’s, zonder dat binnen de onderneming van verkrijger een georganiseerd geheel van (productie)factoren wordt opgezet. Enerzijds staat dus niet aan de toepasselijkheid van deze richtlijn in de weg dat vervreemder en/of verkrijger voorafgaand aan de overgang voornemens zijn de desbetreffende activiteiten na de overgang te staken. Anderzijds moeten de productiefactoren vanaf de overgang een duurzame voortzetting mogelijk maken – zonder die mogelijkheid is geen sprake van een overgang van onderneming.

3. Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op ‘autonomie’, soms met ‘functionele’ als bijvoeglijke

bepaling. Het Hof van Justitie oordeelt dat voor de toepassing van Richtlijn 2001/23/EG niet is vereist dat een productie-eenheid voorafgaand aan de overgang over volledige functionele autonomie beschikt. Die conclusie past in de door het Hof van Justitie gegeven omschrijving van een economische eenheid als ‘een georganiseerd geheel van personen en vermogensbestanddelen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend en dat voldoende gestructureerd en autonoom is’ (punt 60, met een verwijzing naar ECLI:EU:C:2007:512, «JAR» 2007/252 (*Jouini*), punt 31). Voldoende autonoom is niet hetzelfde als volledig autonoom.

4. Volgens het Hof van Justitie brengt het vereiste van identiteitsbehoud mee dat de functionele autonomie ook *na* overgang van onderneming behouden moet blijven. Eerder – in de zaak *Amatori* – oordeelde het Hof van Justitie dat een ‘economische eenheid vóór de overgang (...) over voldoende functionele autonomie moet beschikken’ («JAR» 2014/104, ECLI:EU:C:2014:124, punt 32). De door het Hof van Justitie in het arrest-*Amatori* gegeven definitie van ‘autonomie’ is gelijk aan de door het Hof van Justitie in de zaak *UGT-FSP* gegeven omschrijving van het begrip ‘eenheid’ als bedoeld in art. 6 Richtlijn 2001/23/EG (ECLI:EU:C:2010:452, «JAR» 2010/217, punt 43; alsook ECLI:EU:C:2011:542, «JAR» 2011/262 (*Scattolon*), punt 51). Een gelijke uitleg van de termen eenheid en autonomie sluit aan bij een vergelijking van de Nederlandse taalversie van deze richtlijn met de Engelse taalversie. In de Engelse taalversie is de term eenheid in art. 6 van deze richtlijn vervangen door ‘autonomy’. Die bepaling ziet echter uitsluitend op het behoud van de positie en functie van werknemers-vertegenwoordigers. Behoud van *eenheid* is – anders dan identiteitsbehoud – niet vereist voor de overgang van de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de vervreemder op de verkrijger («JAR» 2010/217 (*UGT-FSP*), punt 35-36; I. Zaal, ‘Medezeggenschap na overgang onderneming: behoud van eenheid is geen synoniem van identiteitsbehoud’, *ArA* 2010-3, p. 74-88). Aangezien het Hof van Justitie in het arrest-*Amatori* het begrip eenheid als bedoeld in art. 6 van deze richtlijn op één lijn lijkt te stellen met (functionele) autonomie, zou men verwachten dat behoud van de functionele autonomie geen rol speelt bij identiteitsbe-

houd. Maar het Hof van Justitie oordeelt in de zaak *ENAE* dus anders. De afgesplitste productie-eenheid is in deze zaak mogelijk niet in staat haar economische doel te bereiken zonder een beroep te doen op productiefactoren van een derde. Behoud van de functionele autonomie veronderstelt volgens het Hof van Justitie daarom dat de afgesplitste productie-eenheid na de overgang beschikt over voldoende waarborgen die verzekeren dat deze afgesplitste eenheid toegang heeft tot de productiefactoren van de betrokken derde en niet afhankelijk is van economische keuzen die deze derde eenzijdig maakt. Het Hof van Justitie spreekt consequent over de *derde* en niet over de vervreemder. Door de verwijzing naar de derde lijkt irrelevant of de productie-eenheid afhankelijk is van productiefactoren van de vervreemder dan wel van een (andere) derde (in deze zaak bleef de productie-eenheid afhankelijk van bij de vervreemder achtergebleven productiefactoren). De overgegangene eenheid en de betrokken derde moeten de gegarandeerde toegang tot de productiefactoren van deze derde in beginsel contractueel met precieze en dwingende voorwaarden vastleggen, aldus het Hof van Justitie.

5. Behoud van functionele autonomie is overigens niet hetzelfde als behoud van de functionele band. Behoud van de functionele band speelt een rol bij de integratie van een overgedragen (onderdeel van een) onderneming in de bestaande organisatiestructuur van de verkrijger, zo blijkt uit eerdere arresten (ECLI:EU:C:2017:574, «JAR» 2017/223, punt 44 (*Piscarreta Ricardo*); ECLI:EU:C:2015:565, «JAR» 2015/260, punt 32-34 (*Ferreira*); ECLI:EU:C:2009:85, «JAR» 2009/92, punt 47-48 (*Klarenberg*)). Bij een wijziging van de organisatorische structuur (ook wel aangeduid als organisatorische eenheid) kan sprake zijn van een overgang van onderneming, mits de functionele band tussen de overgegangene productiefactoren behouden blijft, zodat dezelfde of een soortgelijke economische activiteit kan worden voortgezet. Een wijziging van de organisatorische structuur kan wel gevolgen hebben voor de positie en functie van werknemersvertegenwoordigers als bedoeld in art. 6 Richtlijn 2001/23/EG (dit artikel is echter niet geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving; R.M. Beltzer & I. Zaal, 'Medezeggenschap na overgang van onderneming', *Ondernemingsrecht* 2009/97).

6. Conclusie: het duurzaamheidsvereiste en de (functionele) autonomie hebben – in de context van Richtlijn 2001/23/EG – een eigen betekenis, maar beide begrippen overlappen wel. Daarnaast breidt het Hof van Justitie de betekenis van deze begrippen uit. Het duurzaamheidsvereiste wordt tevens een 'misbruiktoets' en de functionele autonomie moet na de overgang behouden blijven. In situaties waarin een afgesplitste productie-eenheid (een onderdeel van een onderneming) voor de verwezenlijking van haar economische doel een beroep moet doen op productiefactoren van een derde (bijvoorbeeld de vervreemder), vereist het Hof van Justitie zelfs een versterking van de functionele autonomie na de overgang, juist ter bescherming van werknemers.

mr. Y. Bijloo
advocaat bij Windt Le Grand Leeuwenburgh

mr. S. Palm
advocaat bij Windt Le Grand Leeuwenburgh

184

Nadelige wijziging arbeidsvoorwaarden na overgang van onderneming niet toelaatbaar

Hof van Justitie EU
13 juni 2019, nr. C-317/18, ECLI:EU:C:2019:499
(mr. Biltgen, mr. Malenovský, mr. Fernlund)

Wijziging arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer en selectieprocedure in strijd met Richtlijn 2001/23/EG. Overgang van onderneming in publieke sector.

[Richtlijn 2001/23/EG art. 2 lid 1 sub d]

Verzoekster heeft sinds 2008 een overeenkomst met de werkgever, een gemeentebedrijf, voor een vertrouwensfunctie. In 2014 is besloten dat een deel van de activiteiten van de werkgever overgaat naar de gemeente en een deel naar een ander gemeentebedrijf. Voor indienstreding bij de gemeente gold als vereiste het doorlopen van een selectieprocedure en het aangaan van een nieuwe verbintenis. Verzoekster heeft de selectieprocedure met succes doorlopen. Vervolgens is haar