

08-05-2019 – HvJ EU, m.nt. Kanen, B.C.L.

JAR 2019/150

Instantie:	Hof van Justitie EU
Uitspraakdatum:	08-05-2019
Brondocument:	ECLI:EU:C:2019:385

Ga snel naar:	› Essentie
	› Samenvatting
	› Uitspraak
	› Noot

Essentie

Overgang van onderneming is afhankelijk van overgang immateriële activa

Inhoudsindicatie

Verplichte overdracht beleggingsdiensten, 91% klanten stapt over, Overgang immateriële activa doorslaggevend

Samenvatting

Banka Koper heeft in 2011 besloten te stoppen met haar beleggingsactiviteiten en met de brokerage. Zij heeft op grond van de Slovenische wet inzake financiële instrumenten een overdrachtsovereenkomst gesloten met Alta Invest. Overeengekomen werd dat Banka Koper voor Alta Invest als niet-zelfstandig commissionair zou optreden. Banka Koper heeft de klanten geïnformeerd en hen gewezen op de mogelijkheid om over te gaan naar Alta Invest. 91% van de klanten heeft dat gedaan. De arbeidsovereenkomsten met de werknemers zijn beëindigd en hun zijn nieuwe functies aangeboden. De werknemer heeft dit aanbod geweigerd omdat hij de voorgestelde functie niet passend vond. Hij stelt dat sprake is van overgang van onderneming naar Alta Invest. De Vrhovno sodišče (hoogste rechterlijke instantie in Slovenië) heeft prejudiciële vragen gesteld.

Het Hof stelt vast dat het gaat om de vraag of de economische eenheid haar identiteit behoudt. Vaststaat dat de economische activiteit geen belangrijke materiële elementen voor het functioneren ervan verlangt, maar voornamelijk op immateriële elementen berust, bestaande in de financiële instrumenten en andere activa van de klanten. De overdracht daarvan heeft dus een zeker belang voor de kwalificatie. Dat de klanten niet gebonden waren aan de met Alta Invest gesloten overdrachtsovereenkomst en zelf konden beslissen, verzet zich niet tegen een overgang. Om de transactie te kunnen kwalificeren als een overgang moet wel worden vastgesteld dát er klanten zijn overgegaan. Hiertoe moet een globale beoordeling van de omstandigheden plaatsvinden, waarbij met name rekening moet worden gehouden met maatregelen die de klanten van Banka Koper konden aansporen om het beheer van hun effecten aan Alta Invest toe te vertrouwen. De verwijzende rechter moet beoordelen of sprake was van een al dan niet expliciete keuze van de klanten voor de overdracht van hun rekeningen naar Alta Invest. Het zeer grote aantal klanten dat daadwerkelijk is overgedragen is op zich niet doorslaggevend voor de kwalificatie van “overgang”. De omstandigheid dat de eerste onderneming als niet-zelfstandig commissionair samenwerkt met de tweede onderneming, heeft in beginsel geen invloed.

NB. De overdracht van klanten kan dus duiden op een overgang van onderneming. Daarbij is vooral van belang in hoeverre de klanten zijn aangespoord om mee over te gaan, dus in hoeverre er daadwerkelijk sprake is van een “overdracht”. Het Hof lijkt te suggereren dat, als de klanten verplicht mee overgaan, er geen sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, maar helemaal duidelijk is dit niet. Dat de overdracht van klanten van belang is, volgt overigens ook al uit HvJ EU, [«JAR» 2015/260](#), m.nt. Beltzer (Ferreira).

Uitspraak

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van 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 (PB 2001, L 82, blz. 16).
2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Jadran Dodič enerzijds en Banka Koper en Alta Invest anderzijds ter zake van de wettigheid van de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Overweging 3 van richtlijn 2001/23 luidt: “Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.”

4. In artikel 1, lid 1, van deze richtlijn is bepaald:

“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.

b) Onder voorbehoud van het bepaalde onder 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.”

Sloveens recht

5. Artikel 73, lid 1, van de Zakon o delovnih razmerih (arbeidswet) (Uradni list RS, nr. 21/13; hierna: “ZDR”) bepaalt:

“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 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 voor de werknemers bestonden, op de verkrijgende werkgever over.”

6. Artikel 88, lid 1, eerste alinea, ZDR luidt:

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

het 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”.

7. Artikel 89, lid 1, zevende alinea, ZDR bepaalt:

“[...] 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”.

8. Artikel 159, lid 1, van de Zakon o trgu finančnih instrumentov (wet inzake financiële instrumenten) (Uradni list RS, nr. 108/10; hierna: “ZTFI”) preciseert de regels die van toepassing zijn 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”.

9. Artikel 159, lid 3, ZTFI bepaalt:

“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 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 brokerage-onderneming in verband met het beheer en de bewaring van deze documenten alsmede de toegang daartoe.”

Hoofding en prejudiciële vragen

10. Op 23 december 2011 heeft Banka Koper besloten om te stoppen met de verlening van beleggingsdiensten en -activiteiten alsmede met de brokerage.

11. Op 27 juni 2012 heeft zij met Alta Invest op grond van artikel 159 ZTFI een overdrachtsovereenkomst gesloten, waarin was bepaald dat Banka Koper 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 zij verplicht was voor de klanten te bewaren, zou overdragen aan Alta Invest. Daarnaast werd overeengekomen dat Banka Koper voor Alta Invest als niet-zelfstandig commissionair zou optreden.

12. In juli 2012 heeft Banka Koper de klanten voor wie zij financiële bemiddelingsdiensten verrichtte, meegedeeld dat zij deze activiteit zou beëindigen. In dit verband heeft zij hun specifiek gewezen op de mogelijkheid om als klant over te gaan naar Alta Invest en voor die overstap bijzondere voordelen aangeboden, zoals de overname van hun overdrachtskosten. Banka Koper heeft haar klanten eveneens meegedeeld dat het uitblijven van een reactie zou worden aangemerkt als aanvaarding van hun overstap naar Alta Invest. Inderdaad is 91% van de klanten naar Alta Invest overgestapt, waarbij de meerderheid uitdrukkelijk heeft verklaard dat zij voortaan met Alta Invest verder wilden.

13. Vervolgens is Banka Koper uitgesloten van handel op de beurs van Ljubljana (Slovenië) en heeft de centrale bank van Slovenië haar toestemming gegeven om als niet-zelfstandig commissionair diensten te verlenen.
14. Op 17 september 2012 heeft Banka Koper een nieuw reglement voor de planning van arbeidsplaatsen vastgesteld, waarbij zij de afdeling beleggingsdiensten, en met name de functie van beurshandelaar, heeft opgeheven.
15. In dit verband zijn de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers van de afdeling beleggingsdiensten van Banka Koper om economische redenen beëindigd. Dit gold ook voor de arbeidsovereenkomst als beurshandelaar die op 30 juni 2011 voor onbepaalde tijd met Dodič was gesloten en op 11 oktober 2012 is beëindigd.
16. Inmiddels had Banka Koper aan alle werknemers van deze afdeling beleggingsdiensten nieuwe arbeidsovereenkomsten voor andere functies aangeboden.
17. Dodič heeft dit aanbod geweigerd omdat hij de voorgestelde functie niet passend vond. Daarna heeft hij zijn ontslag aangevochten en voor de Sloveense rechterlijke instanties gevorderd dat Banka Koper of Alta Invest hem in zijn oude functie terugnam. Hij is van mening dat Banka Koper haar activiteit van beursbemiddeling aan Alta Invest heeft overgedragen in de zin van artikel 73 ZDR, dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 in Sloveens recht omzet. Na de overdracht bij de overeenkomst van 27 juni 2012 is de activiteit van beleggingsdiensten via de operationele eenheden en het klantennetwerk van Banka Koper dus voortgezet binnen Alta Invest.
18. Banka Koper heeft voor die rechterlijke instanties betoogd dat zij, na te hebben besloten om de verlening van beursdiensten aan haar klanten te beëindigen, op grond van artikel 159 ZTFI verplicht was om de boekhouding van hun immateriële schuldinstrumenten over te dragen aan een andere rechtspersoon die toestemming had om in Slovenië dezelfde diensten te verrichten. Zij heeft benadrukt dat de overdracht noch de werknemers, noch de ruimten of de arbeidsmiddelen betrof en dat haar klanten de mogelijkheid hadden om een nieuwe verlener van beleggingsdiensten te kiezen.
19. Bovendien heeft Alta Invest betoogd dat de overdrachtsovereenkomst het rechtstreekse gevolg was van de toepassing van artikel 159 ZTFI.
20. De nationale rechter in eerste aanleg heeft geoordeeld dat in casu niet was voldaan aan de voorwaarden voor de overdracht van de onderneming, omdat de onderneming haar identiteit noch in economische noch in functionele zin heeft behouden. Hij heeft beklemtoond dat de overdrachtsovereenkomst tussen Banka Koper en Alta Invest niet voorzag in de overdracht van een materiële zaak, een recht of een werknemer en dat de klanten vrij konden beslissen om hun effecten aan Alta Invest of aan een “willekeurige andere brokerage-onderneming” over te dragen. Onder deze omstandigheden kon de overdracht op basis van die overeenkomst niet worden aangemerkt als de “overgang van een onderneming” of van “een onderdeel van een onderneming” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23.

21. De rechter in tweede aanleg heeft eveneens geoordeeld dat er geen sprake was van overgang van een onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23, aangezien de tussen Banka Koper en Alta Invest gesloten overeenkomst geen wijziging van werkgever in de zin van die bepaling inhield. Hij achtte doorslaggevend dat er geen sprake was van overdracht van klanten van de eerste naar de tweede onderneming. In dit verband heeft hij gepreciseerd dat de omstandigheid dat nagenoeg alle klanten feitelijk hadden besloten om naar Alta Invest over te stappen, onvoldoende was om te kunnen vaststellen dat er sprake was van een “overgang van een onderneming” in de zin van richtlijn 2001/23. De omstandigheid dat Banka Koper nog steeds beursactiviteiten verricht, met name voor Alta Invest, bevestigt zijns inziens dat niet kan worden gesproken van de overgang van een onderneming.

22. Tegen laatstgenoemd arrest heeft Dodič bij de verwijzende rechter cassatieberoep ingesteld, waarin hij met name heeft aangevoerd dat aangezien 91% van de klanten van Banka Koper hun effecten daadwerkelijk aan Alta Invest had overgedragen, gesteld kon worden dat er sprake was van een overgang van onderneming.

23. Deze rechter heeft het cassatieberoep verworpen, omdat op grond van de stopzetting van de beursactiviteit, de verrichting van een beursactiviteit als niet-zelfstandig commissionair en het ontbreken van overdracht van materiële middelen, werknemers of de organisatorische structuur niet kon worden gesproken van de overgang van een onderneming in de zin van richtlijn 2001/23. Hij heeft eveneens gewezen op de keuzevrijheid van de klanten van Banka Koper en op de wettelijke verplichting van laatstgenoemde om de bescherming van de rechten van haar klanten te blijven verzekeren door de volledige documentatie door te sturen naar een andere brokerage-onderneming, indien zij niet reageerden op de kennisgeving dat haar activiteit werd stopgezet.

24. Dodič heeft daarop constitutioneel beroep ingesteld bij de Ustavno sodišče (grondwettelijk hof, Slovenië), waarbij hij zich beroept op een kennelijk onjuiste en willekeurige uitlegging van richtlijn 2001/23 alsmede op de afwijzing, zonder opgaaf van redenen, van zijn verzoek om een prejudiciële verwijzing naar het Hof. Deze rechterlijke instantie heeft het arrest van de Vrhovno sodišče (hoogste rechterlijke instantie, Slovenië) vernietigd en de zaak voor een nieuwe beslissing terugverwezen. Zij was in wezen van oordeel dat de verwijzende rechter geen antwoord had gegeven op verzoekers vragen over het bestaan van een “overgang van onderneming” in de zin van richtlijn 2001/23.

25. In het kader van dit tweede onderzoek van de zaak vraagt de verwijzende rechter zich af of het in de omstandigheden van de zaak mogelijk is om aan te nemen dat er sprake is van een “overgang van onderneming” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23.

26. Zij beklemtoont allereerst dat de overdracht van financiële instrumenten en andere activa van klanten, van de boekhouding van hun immateriële schuldinstrumenten, van andere beleggingsdiensten en van het archief aan een andere erkende onderneming, een wettelijk voorwaarde vormde waaraan Banka Koper moest voldoen in geval van stopzetting van haar beursactiviteiten. De verwijzende rechter merkt vervolgens op dat

de klanten van Banka Koper niet gebonden waren aan die overdracht, aangezien zij de mogelijkheid behielden om een nieuwe brokerage-onderneming te kiezen. Ten slotte herinnert hij eraan dat Banka Koper niet haar werknemers, materiële middelen of organisatorische arbeidsstructuren aan Alta Invest heeft overgedragen. In dit verband preciseert de verwijzende rechter dat het, mocht worden vastgesteld dat er sprake is van de overgang van een onderneming, duidelijk is dat de contractclausule waarbij de overname van werknemers wordt uitgesloten geen enkele werking zou hebben, zodat hij niet vraagt of de contractpartijen de overdracht van werknemers konden uitsluiten.

27. Daarop heeft de Vrhovno sodišče de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“1) Moet artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 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 verweerster, na de stopzetting van de financiële bemiddeling door de eerste verweerster, uiteindelijk afhangt van de beslissing van de opdrachtgevers (klanten)?

2) Is in de beschreven omstandigheden het aantal opdrachtgevers waaraan deze dienst, na de stopzetting van de financiële bemiddeling door de eerste verweerster, momenteel door de tweede verweerster wordt verleend, doorslaggevend?

3) Heeft de omstandigheid dat de eerste verweerster haar activiteit met de opdrachtgevers voortzet als niet-zelfstandig commissionair en in het kader van deze functie met de tweede verweerster samenwerkt, enige invloed op de vaststelling of sprake is van een overgang van een onderneming of een vestiging?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

28. Met zijn prejudiciële vragen, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat de overname door een tweede onderneming van de financiële instrumenten en andere activa van klanten van een eerste onderneming, na de stopzetting van de activiteit van laatstgenoemde, op basis van een overeenkomst waarvan de sluiting op grond van de nationale wettelijke regeling verplicht is, een overgang van een onderneming of van een onderdeel van een onderneming vormt, wanneer de klanten van de eerste onderneming vrij blijven om het beheer van hun effecten niet aan de tweede onderneming toe te vertrouwen en de eerste onderneming als niet-zelfstandig commissionair blijft werken en in dat kader samenwerkt met de tweede onderneming.

29. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de strekking van artikel 1, lid 1, onder a), van richtlijn 2001/23 niet alleen op basis van een tekstuele uitlegging mag worden bepaald. Wegens de verschillen tussen de taalversies van deze

richtlijn en de verschillen tussen de nationale wettelijke regelingen inzake het begrip “overdracht krachtens overeenkomst”, moet dit begrip voldoende ruim worden uitgelegd om te beantwoorden aan het doel van die richtlijn, namelijk, zoals voortvloeit uit overweging 3 ervan, de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen (zie arresten van 20 januari 2011, CLECE, C-463/09, EU:C:2011:24, punt 29, en 20 juli 2017, Piscarreta Ricardo, C-416/16, EU:C:2017:574, punt 37).

30. Voorts moet worden beklemtoond dat richtlijn 2001/23 van toepassing is wanneer de overgang betrekking heeft op een duurzaam georganiseerde economische activiteit. Het begrip “eenheid” in artikel 1, lid 1, van die richtlijn verwijst dus naar een georganiseerd geheel van personen en bestanddelen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend (zie in die zin arresten van 10 december 1998, Hidalgo e.a., C-173/96 en C-247/96, EU:C:1998:595, punt 25, en 29 juli 2010, UGT-FSP, C-151/09, EU:C:2010:452, punt 26).

31. In het hoofdgeding wordt niet betwist dat de afdeling beleggingsdiensten van Banka Koper een economische eenheid vormde, aangezien deze eenheid beschikte over het personeel en de logistieke middelen om een economische activiteit uit te oefenen bestaande in de verlening van bemiddelingsdiensten en beleggingsactiviteiten bij opdrachtgevers.

32. In deze omstandigheden heeft de omstandigheid dat Banka Koper, na de stopzetting, in de zin van artikel 159 ZTFI, van de beleggingsdiensten en -activiteiten alsmede de nevendiensten, als niet-zelfstandige brokerage-onderneming blijft werken en in dat verband samenwerkt met opdrachtgevers, waaronder Alta Invest, in beginsel geen invloed op de kwalificatie van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie als “overgang van een onderdeel van een onderneming” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23.

33. Ten slotte zij eraan herinnerd dat het beslissende criterium voor de vraag of sprake is van een overgang van een onderneming of van een onderdeel van een onderneming in de zin van deze bepaling, het feit is dat de economische entiteit haar identiteit behoudt, wat met name blijkt uit de daadwerkelijke voortzetting of de hervatting van de exploitatie ervan (arresten van 10 december 1998, Hidalgo e.a., C-173/96 en C-247/96, EU:C:1998:595, punt 21, en 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34. Bij de vaststelling of aan die voorwaarde is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betreffende transactie kenmerken, waaronder met name de aard van de betrokken onderneming of vestiging, de vraag of materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overgang, de vraag of vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer wordt overgenomen, de vraag of de clientèle wordt overgedragen, de mate waarin de voor en na de overgang verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten (arrest van 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35. Deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten volledige onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld (arrest van 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Met name verschilt het belang dat moet worden gehecht aan de onderscheiden criteria, noodzakelijkerwijs naargelang van de uitgeoefende activiteit en tevens van de productiewijze of bedrijfsvoering in de onderneming, de vestiging of het betreffende onderdeel van een vestiging (arrest van 9 september 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU:C:2015:565, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. In het hoofdgeding staat vast dat, zoals de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen heeft opgemerkt, de economische activiteit die de betrokken eenheid voortzet, geen belangrijke materiële elementen voor het functioneren ervan verlangt. Integendeel, aangezien deze economische activiteit voornamelijk op immateriële elementen berust, heeft de overdracht ervan een zeker belang voor de kwalificatie van “overgang van een onderdeel van een onderneming”.

37. De immateriële activa bestaande in de financiële instrumenten en andere activa van de opdrachtgevers, in casu de klanten, hun boekhouding, de andere beleggingsdiensten en nevendiensten alsmede het bijhouden van het archief, dat wil zeggen de documentatie over de aan de klanten geleverde beleggingsdiensten en -activiteiten, dragen bij tot de identiteit van de betrokken economische eenheid in de zin van de in de punten 33 tot en met 35 van dit arrest genoemde rechtspraak.

38. De overdracht van die elementen hangt dus noodzakelijkerwijs af van de uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming van de klanten, aangezien een onderneming die in een context als die van het onderhavige hoofdgeding haar activiteit stopzet, haar klanten niet kan verplichten om het beheer van hun effecten aan de door haar gekozen onderneming toe te vertrouwen.

39. Hieruit volgt enerzijds dat de omstandigheid dat de klanten van Banka Koper niet gebonden waren aan de met Alta Vista gesloten overdrachtsovereenkomst en vrijelijk konden beslissen om hun effecten aan laatstgenoemde over te dragen, zoals de verwijzende rechter opmerkt, zich op zich niet kan verzetten tegen de kwalificatie van “overgang van een onderdeel van een onderneming” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23.

40. Hieruit volgt anderzijds dat het bestaan van een overdracht van klanten moet worden vastgesteld om de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie te kwalificeren als “overgang van een onderdeel van een onderneming”.

41. Hiertoe moet een globale beoordeling van de omstandigheden plaatsvinden, waarbij met name rekening moet worden gehouden met maatregelen die de klanten van Banka Koper kunnen aansporen om het beheer van hun effecten aan Alta Invest toe te vertrouwen.

42. Het staat dus aan de verwijzende rechter om te beoordelen of er sprake was van een al dan niet expliciete keuze van de klanten over de overdracht van hun rekeningen naar

Alta Invest of ook van een standaardoverdracht van de archieven over hun rekeningen. In dat verband moet hij bepalen of artikel 159, lid 3, ZTFI een brokerage-onderneming die besluit die activiteit stop te zetten, verplicht om de documentatie over de rekeningen van haar klanten over te dragen aan één persoon die in Slovenië gemachtigd is om beleggingsdiensten en -activiteiten te verrichten, dan wel of die documentatie aan meerdere personen kan worden overgedragen.

43. Tevens zal rekening moeten worden gehouden met het bestaan van financiële stimuleringsmaatregelen zoals de overname van de overdrachtskosten naar Alta Invest.

44. De omstandigheid dat 91% van de klanten van Banka Koper heeft geaccepteerd om het beheer van hun effecten toe te vertrouwen aan Alta Invest lijkt weliswaar de doeltreffendheid van dergelijke stimuleringsmaatregelen te bevestigen, doch de kwalificatie van “overgang” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 kan niet geschieden op basis van alleen die vaststelling, die bovendien plaatsvindt na de sluiting van de overdrachtsovereenkomst tussen de beide ondernemingen.

45. Kortom, het staat in laatste instantie aan de verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om de feiten in het hoofdgeding te beoordelen en de nationale wettelijke regeling uit te leggen, om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een “overgang van een onderdeel van een onderneming” in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 (zie in die zin arresten van 7 augustus 2018, Colino Sigüenza, C-472/16, EU:C:2018:646, punt 45, en 6 december 2018, Montag, C-480/17, EU:C:2018:987, punt 34).

46. Gelet op het voorgaande moet op de prejudiciële vragen worden geantwoord dat artikel 1, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat de overname door een tweede onderneming van de financiële instrumenten en andere activa van klanten van een eerste onderneming, na de stopzetting van de activiteit van laatstgenoemde, op basis van een overeenkomst waarvan de sluiting op grond van de nationale wettelijke regeling verplicht is, ofschoon de klanten van de eerste onderneming vrij blijven om het beheer van hun effecten niet aan de tweede onderneming toe te vertrouwen, een overgang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming kan vormen wanneer het bestaan van een overdracht van klanten is vastgesteld, hetgeen de verwijzende rechter moet beoordelen. In dat verband is het zelfs zeer grote aantal klanten dat daadwerkelijk is overgedragen op zich niet doorslaggevend voor de kwalificatie van “overgang” en heeft de omstandigheid dat de eerste onderneming als niet-zelfstandig commissionair samenwerkt met de tweede onderneming, in beginsel geen invloed.

Kosten

47. 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 (Negende kamer) verklaart voor recht

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, moet aldus worden uitgelegd dat de overname door een tweede onderneming van de financiële instrumenten en andere activa van klanten van een eerste onderneming, na de stopzetting van de activiteit van laatstgenoemde, op basis van een overeenkomst waarvan de sluiting op grond van de nationale wettelijke regeling verplicht is, ofschoon de klanten van de eerste onderneming vrij blijven om het beheer van hun effecten niet aan de tweede onderneming toe te vertrouwen, een overgang van een onderneming of een onderdeel van een onderneming kan vormen wanneer het bestaan van een overdracht van klanten is vastgesteld, hetgeen de verwijzende rechter moet beoordelen. In dat verband is het zelfs zeer grote aantal klanten dat daadwerkelijk is overgedragen op zich niet doorslaggevend voor de kwalificatie van “overgang” en heeft de omstandigheid dat de eerste onderneming als niet-zelfstandig commissionair samenwerkt met de tweede onderneming, in beginsel geen invloed.

Noot

Bij wet voorgeschreven werden immateriële activa bestaande uit financiële instrumenten van klanten, hun boekhouding, andere verleende diensten als ook documentatie over de aan klanten geleverde diensten door Banka aan Alta Invest overgedragen. Hoewel de activiteit grotendeels berustte op deze immateriële activa en aldus bijdroegen aan de identiteit van de onderneming, leidt dat in deze zaak niet automatisch tot overgang.

In deze noot zal ik toelichten welke aspecten volgens het hof nog meer een rol spelen en of deze zaak in zijn algemeenheid nog impact heeft op de beoordeling van andere Spijkers-factoren.

Holistische weging factoren

De genoemde immateriële activa zijn volgens het hof de voornaamste factor van de activiteit die is overgegaan, namelijk het zelfstandig verlenen van beleggingsdiensten. De overdracht van deze immateriële activa kan echter niet los worden gezien van de overdracht van klanten: “De overdracht van die elementen [de immateriële activa, BK] hangt dus noodzakelijkerwijs af van de uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming van de klanten, aangezien een onderneming die in een context als die van het onderhavige hoofdgeding haar activiteit stopzet, haar klanten niet kan verplichten om het beheer van hun effecten aan de door haar gekozen onderneming toe te vertrouwen”.

Het hof overweegt dat het feit dat klanten een vrije keuze hadden om mee over te gaan, op zichzelf niet aan overgang van onderneming in de weg staat. Anderzijds moet wel worden vastgesteld dat klanten zijn overgegaan. De bij wet voorgeschreven overdracht van immateriële activa krijgt dus pas waarde als de achterliggende klanten daadwerkelijk overstappen.

Of de klanten zijn overgegaan moet de nationale rechter beoordelen, maar het hof preciseert de rechtsvraag wel (cursivering BK): ‘Het staat dus aan de verwijzende rechter om te beoordelen of er sprake was van een al dan niet expliciete keuze van klanten over de overdracht van hun rekeningen naar Alta Invest of ook van een standaardoverdracht van de archieven over hun rekeningen. Het woord ‘ook’ komt niet terug in de Engelse tekst van de uitspraak en moet mijns inziens ook niet in de Nederlandse vertaling staan. òf het ene (een keuze van de klant) òf het andere (een min of meer automatische overdracht van stukken) was van toepassing.

Is het aantal overgedragen klanten doorslaggevend?

Het hof overweegt dat het feit dat 91% van de klanten daadwerkelijk is overgestapt op zichzelf onvoldoende is om tot overdracht van klanten te concluderen. Vastgesteld moet worden op welke wijze dit percentage tot stand is gekomen (op basis van expliciete instemming of min of meer automatisch?). Banka had haar klanten namelijk specifiek gewezen op de mogelijkheid om als klant over te gaan naar Alta Invest en daarbij meegedeeld dat het uitblijven van een reactie zou worden aangemerkt als aanvaarding van hun overstap.

Ook moet rekening worden gehouden met stimuleringsmaatregelen om mee te verhuizen. Maar zijn die stimuleringsmaatregelen een indicatie voor overgang omdat klanten daarom daadwerkelijk zijn meeverhuist naar Alta Invest of is het een contra-indicatie omdat klanten kennelijk geen bewuste keuze hebben gemaakt maar verleid zijn mee te verhuizen. Ik neig naar de eerste uitleg omdat doorslaggevend lijkt of de klanten daadwerkelijk zijn overgestapt, de overweging daartoe lijkt minder relevant.

Overigens speelt wat mij betreft ook een rol wat de kwaliteit van de overgestapte klanten is. Vergelijk de overdacht van personeel waarbij het moet gaan om een qua aantal én deskundigheid wezenlijk deel. Overdracht van de meerderheid van de klanten is op zichzelf niet doorslaggevend als de klanten die de meeste aandacht vergen, niet mee overgaan.

Meetmoment

Minder helder is welke waarde gehecht moet worden aan de overweging dat de vaststelling van het percentage van 91% pas plaatsvond na de overdrachtsovereenkomst tussen Banka en Alta Invest. Kennelijk moet door deze omstandigheid het percentage in perspectief worden geplaatst. Denkbaar is dat dit samenhangt met het moment waarop identiteitsbehoud moet worden vastgesteld. Als overdracht van klanten op het moment van overeenkomst tussen partijen nog onzeker is omdat deze daarover zelf kunnen beslissen, kan behoud van identiteit moeilijk worden vastgesteld.

Uit de feiten wordt overigens duidelijk dat van die 91%, de meerderheid uitdrukkelijk is overgestapt naar Alta Invest. Toch verbindt het hof daaraan geen conclusies.

Heeft slechts één partij de immateriële activa verkregen?

Verder moet de verwijzende rechter in ogenschouw nemen of de Sloveense wet voorschrijft dat de immateriële activa naar één of meerdere partijen mag worden overgedragen. Als het aan meerdere partijen zou mogen worden overgedragen, zou het percentage van 91% meer waarde hebben omdat daaruit een expliciete keuze voor Alta Invest en dus aan daadwerkelijke overdracht van klanten zou blijken. Ingeval van versnippering van klanten daarentegen zou overgang vermoedelijk minder snel worden aangenomen. Behoud van een functionele band, naar analogie van Klarenberg (HvJ EG 12 februari 2009, «JAR» 2009/92), zal dan niet aan de orde zijn en dus geen redding kunnen brengen.

Wat betekent dit arrest voor andere Spijkers-criteria?

Uit eerdere rechtspraak volgt dat een overgang ook bewerkstelligd kan worden door een cao-bepaling die verplicht tot het overnemen van personeel. Op basis van zo'n bepaling kan een, qua aantal en deskundigheid, wezenlijk deel van het personeel overgaan, waardoor de verkrijger automatisch al het personeel in dienst krijgt.

De vraag die na dit arrest op komt is welke waarde aan een overgang van personeel op die voet gehecht moet worden. Wat mij betreft zijn het echter geen vergelijkbare situaties. Het wordt pas vergelijkbaar als bij wet of cao, overdracht van personeelsdossiers wordt voorgeschreven. In dat geval zal nog separaat beoordeeld moeten worden of het personeel dat bij die dossiers hoort ook daadwerkelijk is overgegaan.

Dat overdracht van het personeel plaatsvindt op basis van een cao-bepaling geen afbreuk doet aan de overgang van het personeel heeft het hof recent ook nog bevestigd in Somoza Hermo (HvJ EU 11 juli 2018, «JAR» 2018/206). In Clece (HvJ EU 20 januari 2011, «JAR» 2011/57) werd bovendien overwogen dat van 'weinig belang' is dat de overname van personeel plaatsvindt in het kader van een tussen de vervreemder en de verkrijger onderhandelde overdracht of voortvloeit uit een eenzijdige beëindiging van het dienstverband door de vervreemder, gevolgd door een eenzijdig besluit van de verkrijger tot aanwerving van dezelfde personeelsleden voor dezelfde taken.

mr. B.C.L. Kanen

advocaat/partner bij Liber Dock