

ANNOTATIE

**Draagt de tewerkstelling van de werknemer bij een onderdeel van de onderneming een (voldoende) definitief karakter, dan gaat hij mee over ingeval van overgang van dit deel van de onderneming. Dat de werknemer formeel bij een ander onderdeel van de onderneming is aangesteld, doet daar niet aan af.**

*mr. dr. J.P.H. Zwemmer*

1. Op grond van art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG en het daarvan afgeleide art. 7:663 BW gaan, ingeval van overgang van onderneming, alle voor de vervreemder uit arbeidsovereenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen over op de verkrijger. Uit overwegingen van het Hof van Justitie in de arresten *Wendelboe* (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 901) en *d'Urso* (HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168) volgt dat de op grond van de Richtlijn overgaande werknemer een arbeidsovereenkomst dient te hebben met de vervreemder van de overgaande onderneming. Wanneer alle ondernemingsactiviteiten van de vervreemder overgaan dan gaan alle bij hem in dienst zijnde werknemers over. Gaat echter een deel van de ondernemingsactiviteiten van de vervreemder over, dan gaan alleen de bij hem in dienst zijnde werknemers over die bij de overgaande ondernemingsactiviteiten zijn aangesteld, zo overwoog het Hof van Justitie in het arrest *Botzen* (HvJ EG 7 februari 1985, NJ, 1985, 902).
2. In deze zaak ging een deel van de onderneming van Shared Parts Services B.V. (SPS) over en verschilden SPS en de werknemer van mening over het antwoord op de vraag of de werknemer op grond van art. 7:663 BW van rechtswege was overgegaan naar de verkrijger (A

B.V.). De werknemer was op 6 november 1978 in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) SPS en tot mei 2001 werkzaam als magazijnmedewerker bij de afdeling logistiek van (de rechtsvoorganger van) SPS in Den Haag. In mei 2001 ging de afdeling logistiek over naar SPS te Ede. Per 10 mei 2001 ging de werknemer als magazijnmedewerker in Ede werken. Vervolgens werd de werknemer per medio augustus 2001 tewerkgesteld bij de vestiging van SPS in Katwijk, waar hij werkzaam werd op de afdeling kentekenplaten. Voorafgaand aan deze tewerkstelling in Katwijk had SPS aan de werknemer medegedeeld dat hij naar de vestiging van SPS in Den Haag zou worden overgeplaatst zodra daar een functie vrij zou komen. Voordat het tot een overplaatsing van de werknemer naar Den Haag kwam, werd op 15 december 2002 de afdeling kentekenplaten van de vestiging van SPS in Katwijk overgedragen aan A B.V. Enkele dagen daarvoor had SPS de werknemer in dat kader medegedeeld dat zijn arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:662 e.v. BW per die datum van rechtswege zou overgaan naar A B.V. De werknemer betwistte deze overgang. Daarop deelde SPS de werknemer mee dat zijn arbeidsovereenkomst zou eindigen op de overgangdatum, indien hij zou weigeren in dienst te treden bij A B.V. De werknemer volhardde echter in zijn standpunt en per 16 december 2002 stopte SPS de loonbetaling. Op 7 mei 2003 werd SPS bij vonnis in kort geding veroordeeld tot betaling van loon aan de werknemer vanaf 16 december 2002 en bij arrest van 17 februari 2004 werd het door SPS ingestelde beroep tegen dit vonnis afgewezen.

3. Op 31 maart 2005 ontbond de kantonrechter te Delft op verzoek van SPS de arbeidsovereenkomst met de werknemer per 14 april 2005, voor zover mocht blijken dat die nog zou bestaan, onder toekenning van een vergoeding van € 80.000 aan de werknemer. Voorafgaand aan het indienen van haar voorwaardelijke ontbindingsverzoek had SPS de werknemer gedagvaard bij de kantonrechter te Den Haag. SPS vorderde (in eerste aanleg van het in deze bijdrage besproken arrest van het Hof Den Haag) een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer was geëindigd op 15 december 2002. De werknemer vorderde in reconventie (o.m.) een schadevergoeding van € 105.000. De kantonrechter wees de vordering van SPS toe en die van de werknemer af. In hoger beroep stelt de werknemer zich op het standpunt dat de kantonrechter in eerste aanleg ten onrechte heeft geoordeeld dat de afdeling kentekenplaten een economische entiteit is in de zin van art. 7:662 BW en de werknemer aan die afdeling moet worden toegerekend, zodat zijn arbeidsovereenkomst ex artikel 7:663 BW van rechtswege is overgegaan naar A B.V. De werknemer vordert een verklaring voor recht dat de arbeidsovereenkomst niet is beëindigd op 15 december 2002 en de veroordeling van SPS tot betaling aan hem van de door hem in eerste aanleg gevorderde schadevergoeding van € 105.000.

4. Het hof oordeelt dat de arbeidsovereenkomst van de werknemer met SPS niet op 15

december 2002 is geëindigd en dit ook niet het geval zou zijn wanneer zou worden aangenomen dat de afdeling kentekenplaten een economische eenheid is in de zin van art. 7:662 BW. Het hof overweegt dat in een geval als het onderhavige, waarin niet een gehele onderneming wordt overgedragen maar slechts een deel daarvan, de vraag rijst welke werknemers bij het betrokken deel van de onderneming werkzaam zijn in de zin van art. 7:663 BW. Onder verwijzing naar het hiervoor aangehaalde arrest Botzen overweegt het hof dat in dit geval kan worden volstaan met vast te stellen bij welk onderdeel van de onderneming de betrokken werknemer was aangesteld. Het hof voegt daaraan toe dat waar voor de toerekening van een werknemer aan het over te dragen onderdeel van de onderneming de band tussen de betrokken werknemer en het over te dragen onderdeel van de onderneming beslissend is, die toerekening ondanks eerdere aanstelling elders toch gerechtvaardigd kan zijn, indien die band alsnog ontstaan is en de betrokken werknemer als bij het betreffende bedrijfsonderdeel werkzaam heeft te gelden. In dat kader overweegt het hof onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2005, JAR 2005/67 (Memedovic/Asito) dat aan de feitelijke status van de betrokken werknemer - hij is in feite blijvend tewerkgesteld bij het over te dragen onderdeel - meer gewicht toekomt dan aan zijn formele status. Indien de gewijzigde feitelijke status een (voldoende) definitief karakter draagt, dient, zo overweegt het hof, bij de toerekening van een werknemer aan het over te dragen onderdeel, te worden uitgegaan van de onderneming van die gewijzigde feitelijke status en niet van de - achterhaalde - formele status van de werknemer. Het hof oordeelt op deze gronden dat de werknemer niet kan worden toegerekend aan de overgegangene afdeling kentekenplaten van de vestiging van SPS in Katwijk en hij daarom niet is overgegaan naar A B.V. ex art. 7:663 BW. Het hof neemt daarbij tevens in aanmerking dat de werknemer meer dan 25 jaar werkzaam was als magazijnmedewerker voor (de rechtsvoorgangers van) SPS, de plaatsing te Katwijk een periode van niet langer dan achttien maanden betrof en ook dat - gelet op de mededeling van SPS dat de werknemer zou worden overgeplaatst naar de vestiging in Den Haag zodra daar een functie vrij zou komen - de tewerkstelling van de werknemer bij de vestiging in Katwijk een tijdelijk karakter had. In deze zaak ging niet de gehele, maar slechts een deel van de onderneming van SPS over. Daarom past het hof terecht de overwegingen uit de arresten Botzen en Memedovic/Asito toe bij het beantwoorden van de vraag of de werknemer werkzaam is bij - toegerekend kan worden aan - de overgaande onderneming. Net als bij de overgang van de gehele onderneming van de vervreemder dient ook ingeval van de overgang van een deel van de onderneming van de vervreemder, de overgaande werknemer een arbeidsovereenkomst te hebben met de vervreemder van de onderneming. Is dat laatste niet het geval dan is ook toerekening van de werknemer aan het overgaande deel van de onderneming als in de arresten Botzen en Memedovic/Asito niet aan de orde, omdat de werknemer dan überhaupt niet overgaat. De kantonrechter te Utrecht dacht daar anders over in zijn vonnis van 15 maart 2006, JAR

2006/80 (FNV/Albron). In dat vonnis oordeelde de kantonrechter op grond van het arrest Botzen dat een intra-concern gedetacheerde werknemer die feitelijk werkzaam was bij de overgaande onderneming, maar (dus) geen arbeidsovereenkomst had met de vervreemder van die onderneming, ook overging krachtens art. 7:663 BW. Inmiddels heeft het Hof Amsterdam in hoger beroep de vraag of - kort gezegd - ingeval van intra-concerndetachering de concernmaatschappij waarbij de werknemer gedetacheerd is, dient te gelden als werkgever in de zin van Richtlijn, voorgelegd aan het Hof van Justitie (Hof Amsterdam 30 juni 2009, LJN BJ3475).

5. Als gevolg van het oordeel van het hof komt het voorwaardelijke karakter aan de ontbindingsbeschikking van de kantonrechter te Delft te vervallen en kan de werknemer aanspraak maken op de aan hem toegewezen ontbindingsvergoeding van € 80.000. Nu de door de werknemer gevorderde schadevergoeding van € 105.000 naar het oordeel van het hof niet voorwaardelijk - afhankelijk van de vraag of de arbeidsovereenkomst op 15 december 2002 eindigde - is ingesteld door de werknemer, houdt het hof de zaak aan om partijen de gelegenheid te geven zich uit te laten over de consequenties van de leer van de exclusiviteit van de ontbindingsbeschikking (de zogenoemde Baijingsleer) voor de door de werknemer gevorderde schadevergoeding. Mijns inziens zijn deze nadelig voor de werknemer. In een reeks arresten, die begon met het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 1997, NJ 1997, 248 en NJ 1998, 257 (Baijings), werkte de Hoge Raad de leer van de exclusiviteit van de ontbindingsvergoeding ex art. 7:685 lid 8 BW uit en oordeelde hij in het licht van het appèlverbod van art. 7:685 lid 11 BW over de verhouding tussen de ontbindingsvergoeding en andere verband met de (beëindiging van) de arbeidsovereenkomst houdende vorderingen op grond van contractuele aanspraken of wanprestatie. Uit deze arresten volgt dat de werknemer na de ontbinding van de arbeidsovereenkomst niet op grond van dezelfde feiten en omstandigheden een vergoeding op grond van art. 7:628 BW wegens het handelen van de werkgever in strijd met de redelijkheid en billijkheid of met het goed werkgeverschap ex art. 7:611 BW kan vorderen. Gelet hierop meen ik dat alleen wanneer de werknemer het hof ervan kan overtuigen dat (een deel van) de door hem gevorderde schadevergoeding geen verband houdt met de beëindiging van of met de wijze van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, het hof hem (een deel van) de door hem gevorderde schadevergoeding zou kunnen toekennen.