

RECHTSPRAAK

werkneemster/Stichting Warmande

Beëindigen dienstverleningsovereenkomst en het in eigen beheer nemen van cateringactiviteiten is geen overgang van onderneming.

Werkneemster is op 6 december 1988 in dienst getreden bij (de rechtsvoorganger van) Albron. Warmande legt zich toe op de exploitatie van verzorgingshuizen en aanleunwoningen, onder meer op de locatie Hooge Platen te Breskens. Op 30 september 2006 heeft Albron met de rechtsvoorganger van Warmande een dienstverleningsovereenkomst (DVO) en daarvan deel uitmakende service level agreements (SLA) gesloten met betrekking tot de exploitatie van een winkel en restaurant op de locatie Hooge Platen, het Paviljoen genaamd. Sedert 1 december 2006 was werkneemster voor Albron als locatiemanager werkzaam in het Paviljoen. Bij brief van 13 december 2012 deelde Albron aan werkneemster mee dat Warmande de cateringactiviteiten in eigen beheer neemt, dat Albron om die reden de arbeidsovereenkomst met werkneemster beëindigt met ingang van 31 december 2012, dat sprake is van overgang van onderneming en dat werkneemster met behoud van arbeidsvoorwaarden van rechtswege in dienst treedt bij Warmande. Warmande heeft werkneemster de functie van medewerker Paviljoen aangeboden. Daarnaast is, in verband met de inkomensteruggang, een afbouwregeling aangeboden. Werkneemster heeft hier niet mee ingestemd. Centrale vraag is of sprake is van een overgang van onderneming en of werkneemster recht heeft op behoud van arbeidsvoorwaarden.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Volgens vaste rechtspraak kan van overgang ook sprake zijn in het geval, zoals in deze zaak, een dienstverleningsovereenkomst wordt beëindigd en de exploitatie in eigen beheer wordt voortgezet (zie HvJ EG van 17 december 1987, *NJ* 1989,674, *Ny Molle Kro*). Indien er veronderstellenderwijs van uit wordt gegaan dat de activiteiten die Albron op grond van de DVO verrichtte als economische eenheid kunnen worden aangemerkt en Albron daarvoor verantwoordelijk was, dient vervolgens te worden vastgesteld of aan de voorwaarden voor een overgang van die entiteit is voldaan (HvJ EG van 18 maart 1986, *NJ* 1987, 502, *Spijkers*). Vanaf 1 januari 2013 mist Warmande de diensten van Albron en voert die met eigen personeel zelf uit. Zij doet dat met eigen bedrijfsmiddelen (keuken, restaurant, winkel), die zij voorheen aan Albron ter beschikking stelde en waarvan zij steeds de operationele kosten en de vervangingskosten heeft gedragen. Warmande nam dus geen materiële activa over van Albron. Hierbij moet in aanmerking worden genomen dat bedrijfsmiddelen in het algemeen kunnen worden beschouwd als voornaamste (productie)factor in de onderhavige sector en het al dan niet overdragen daarvan indicatief is. Weliswaar is eigendomsverschaffing geen noodzakelijk vereiste en kan volgens vaste

rechtspraak (zie bijv. HvJ EG 15 december 2005, *JAR* 2006, 19, *Güney-Gärves ca Securicor*) voor overgang van onderneming voldoende zijn dat de verkrijgende onderneming de beschikking krijgt over de bedrijfsmiddelen, maar daarvan is in de onderhavige situatie, waarbij Warmande eigenaar is van de bedrijfsmiddelen en daarvoor (financieel) verantwoordelijk bleef, geen sprake. De klantenkring van het Paviljoen bestond vóór 1 januari 2013 uit de bewoners, bezoekers en het personeel van Warmande en dat is nadien niet veranderd. De klantenkring is met andere woorden zo sterk gelieerd aan Warmande, dat niet gesproken kan worden van de overdracht van een klantenkring (goodwill) van Albron aan Warmande. Volgens werkneemster is van belang dat de (verkoop)marge op de inkoop is overgegaan op Warmande. Dit standpunt is door Warmande voldoende weerlegd. Ongeacht het bedrijfsresultaat van het restaurant, de winkel en de maaltijdvoorziening, ontving Albron een min of meer vaste vergoeding voor de diensten die zij aan Warmande leverde. Hieruit leidt de kantonrechter af dat niet alleen de verkoopmarge aan Warmande toekwam, maar ook dat het feitelijke ondernemersrisico bij Warmande lag. Van het aantal werkzame personen in het Paviljoen was het merendeel in dienst van Warmande of voor haar rekening ingeleend. Van de overgang van een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van de werknemers kan dan niet worden gesproken. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat arbeid in de onderhavige sector niet als voornaamste (productie)factor wordt beschouwd. Van een overgang van onderneming is geen sprake. Warmande is ook niet gehouden werkneemster op grond van de DVO met behoud van functie en arbeidsvoorwaarden over te nemen. Door werkneemster binnen het functiegebouw van haar organisatie de functie van medewerker Paviljoen aan te bieden, heeft Warmande aan haar verplichtingen voldaan. Volgt afwijzing van de vorderingen.

Instantie: Rechtbank Zeeland-West-Brabant

Datum uitspraak: 25-02-2015

ECLI: ECLI:NL:RBZWB:2015:3281

Zaaknummer: 3195353 / 14-4143

Rechters: J.A. van Voorthuizen

Advocaten: D.W. Boere en R.M.A. Lensen

Wetsartikelen: 7:662 BW