

RECHTSPRAAK

werknemers/Y

Insourcen van werkzaamheden leidt (naar voorlopig oordeel) tot overgang van onderneming. Overgedragen administratieve werkzaamheden zijn van gemengde aard (arbeidsintensief, maar ook kapitaalintensief).

Feiten

Y is in 2008 door de Gemeente Rotterdam opgericht om het plaatselijke openbare onderwijs te verzelfstandigen. In 2010 heeft een tussentijdse evaluatie plaatsgevonden van de verzelfstandiging van Y en stichting X. Een van de uitkomsten was dat stichting X in de toen bestaande vorm naar verwachting niet kon voortbestaan. Daarop is stichting X in 2012 gefuseerd met een, niet aan de Gemeente Rotterdam gelieerde, stichting B. De gefuseerde entiteit kreeg de naam stichting C. Stichting C ondersteunt ruim 600 scholen in heel Nederland. Tussen Y en stichting C is op 3 juli 2012 een dienstverleningsovereenkomst gesloten. Bij brief van 28 november 2012 heeft Y de dienstverleningsovereenkomst opgezegd tegen 1 januari 2017. In november 2015 werd stichting C bekend met het besluit van Y om per 1 januari 2017 over te gaan tot het *insourcen* van de door stichting C geleverde diensten. Eisers in deze procedure (in totaal 26 werknemers) hebben een arbeidsovereenkomst met stichting C. Stichting C heeft met het oog op de overgang van onderneming een ontslagvergunning voor zover rechtens vereist (onvoorwaardelijk) verkregen voor alle werknemers die rechtstreeks geraakt worden door het *insourcings*besluit van Y. Kern van het geschil in de onderhavige procedure is of sprake is van een overgang van onderneming en of de werknemers van rechtswege in dienst zijn getreden van Y.

Oordeel

Overdracht krachtens overeenkomst en duurzaam georganiseerde economische eenheid

Voor de beoordeling wordt verwezen wordt naar het arrest HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers/Benedik). Het begrip overdracht krachtens overeenkomst in artikel 1 lid 1 Richtlijn (vgl. art. 7:662 lid 2 aanhef en onderdeel a BW) dient ruim te worden uitgelegd om te beantwoorden aan het doel van de richtlijn, namelijk bescherming van de rechten van werknemers bij verandering van ondernemer (vgl. HvJ EG 13 september 2007, C-458/05, punt 24 (Jouini e.a.) en aldaar aangehaalde rechtspraak). Ook het *insourcen* van bepaalde werkzaamheden die voorheen waren opgedragen aan een andere onderneming kan onder dit begrip worden gevat. Dat het in dit geval gaat om een overdracht krachtens

overeenkomst acht de voorzieningenrechter duidelijk. Y heeft dat als zodanig ook niet bestreden. Voorshands aannemelijk is dat de inhoudelijke activiteiten niet wezenlijk wijzigen. Het gaat en blijft gaan om het bijhouden van een basis-, personeels-, salaris- en financiële administratie aangevuld met enige expertdiensten (met name op het gebied van personeelsbeleid). Vast staat dat van onderbreking van de activiteiten geen sprake is. De voorzieningenrechter acht eveneens aannemelijk dat de Rotterdamse vestiging van stichting C een duurzaam georganiseerde economische eenheid vormt. Het is vaste jurisprudentie dat een economische eenheid ook een onderdeel van een onderneming kan vormen. De afgebakende taken van stichting C Rotterdam, te weten (vrijwel uitsluitend) werk voor Y, de grote afstand tot de andere vestigingen (Heerlen en Alkmaar), de eigen registratie in het handelsregister en de opvatting van het UWV wijzen erop dat stichting C Rotterdam zo'n eenheid vormt. Y heeft daar geen concrete andere gezichtspunten tegenover gesteld.

Identiteitsbehoud

Aan de hand van de Spijkers-factoren, alle in samenhang bezien, moet worden bezien of die economisch eenheid haar identiteit behoudt na de overgang. In het onderhavige geval is aannemelijk dat de overgedragen administratieve werkzaamheden van gemengde aard (arbeidsintensief, maar ook kapitaalsintensief) zijn. Uit de stellingen van beide partijen leidt de voorzieningenrechter af dat voor de uitvoering van de administratieve werkzaamheden de standaardsoftware noodzakelijkerwijs wordt verrijkt, aangevuld en/of aangepast met knowhow. Beide partijen benadrukken ook de benodigde kennis en vaardigheden van het personeel dat werkt met de software. Er is dus sprake van overdracht van materiële activa, waarbij het begrip *materieel activum* wordt begrepen als bedrijfsmiddel van de economische eenheid in ruime zin. Ten aanzien van de immateriële activa is van belang dat Y dezelfde softwarepakketten blijft gebruiken na de overgang. De overdracht van immateriële activa bestaat voorts mogelijk uit de overdracht van knowhow. Onduidelijk is in hoeverre die knowhow van belang is om het door Y nieuw geworven personeel bekend te maken met de software-omgevingen teneinde de administratieve werkzaamheden, die in de kern gelijk blijven, op deugdelijke wijze te kunnen uitvoeren. De stellingen van partijen op dit punt lopen uiteen. Voorshands acht de voorzieningenrechter het echter onaannemelijk dat de knowhow geheel irrelevant is, mede gelet op de overdrachtsovereenkomst van 29 november 2016. Ten aanzien van de klantenkring geldt dat vaststaat dat stichting C nagenoeg alleen voor Y en haar scholen werkt. (Vrijwel) al haar klanten gaan dus over. Bij een arbeidsintensieve activiteit weegt doorgaans zwaar of een wezenlijk deel van het personeel is overgedragen. Y heeft slechts 2 van de 34 werknemers van stichting C overgenomen. Bij weging van voornoemde omstandigheden is voorshands aannemelijk dat sprake is van overgang van onderneming. De daarvoor pleittende omstandigheden (geen onderbreking, activa, klantenkring, berichtgeving naar buiten) wegen in dit geval op tegen de daartegen pleittende – en minder zwaarwegende – omstandigheid dat nauwelijks personeel overgaat. Het is echter niet uitgesloten dat de bodemrechter (mogelijk, na een uitgebreid feitenonderzoek, al dan niet met bewijslevering) uiteindelijk anders concludeert. Die mogelijkheid staat, na afweging van de betrokken belangen, niet in de weg aan toewijzing van de primaire vordering, hoewel die verstrekkende

en wellicht deels onomkeerbare gevolgen zal, althans kan hebben. Wel ziet de voorzieningenrechter aanleiding om, ter voorkoming van praktische problemen, bij wijze van ordemaatregel de veroordeling pas in te laten gaan per 1 februari 2017. Tot die tijd krijgen de werknemers nog salaris van stichting C en de maand januari kan dan benut worden om een en ander in goede banen te leiden.

Instantie: Rechtbank Rotterdam

Datum uitspraak: 22-12-2016

ECLI: ECLI:NL:RBROT:2016:10165

Zaaknummer: 514937 KG ZA 16-1341

Rechters: P.F.G.T. Hofmeijer-Rutten

Advocaten: E.M.Y. Sorenson en J.F. van Nouhuys

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW, 7:664 BW, 7:665 BW en 7:666 BW