© AR Updates commentaar 2010-06, PDF gemaakt voor

AR UPDATES arbeidsrecht

commentaar op	Kantongerecht Leeuwarden 16-2-2010, LJN BL5712, (werknemer/Eresdé BV)
datum	10-03-2010
auteur	J.P.H. Zwemmer

Contractswisseling in de schoonmaaksector: de verhouding tussen de cao-verplichting tot indienstneming van werknemers en art. 7:662 e.v. BW inzake overgang van onderneming. De toerekening van de werknemer aan het overgaande onderdeel.

1. In deze uitspraak ging het om een contractswisseling in de schoonmaaksector en stond de vraag centraal of een op een overgaande schoonmaakopdracht geplaatste, maar daar op het moment van de contractswisseling niet feitelijk werkzame werknemer in dienst was gebleven bij het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verloor dan wel in dienst was gekomen van het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkreeg. Daarbij kwam tevens de verhouding tussen art. 7:662 e.v. BW inzake overgang van onderneming en art. 34 van de van toepassing zijnde cao in het schoonmaak- en glazenwassersbedrijf april 2008/december 2009 (hierna: de Schoonmaak-cao) aan de orde.

2. De werknemer was sinds 2000 werkzaam in de schoonmaaksector en laatstelijk werkzaam als industrieel reiniger op een schoonmaakopdracht bij Pluimveeslachterij Gebr. Heijs B.V. te Leek. Op 12 juli 2008 raakte de werknemer arbeidsongeschikt wegens psychische klachten. Als gevolg van een overgang van onderneming kwam de werknemer met ingang van 3 november 2008 van rechtswege in dienst van Eresdé B.V., een in Franeker gevestigd schoonmaakbedrijf. Eresdé betaalde het loon door gedurende de arbeidsongeschiktheid van de werknemer. Bij brieven van 27 oktober 2009 en van 17 november 2009 deelde de bedrijfsarts aan Eresdé mee dat de werknemer voor zijn normale uren in staat was schoonmaakwerkzaamheden te gaan verrichten. De bedrijfsarts achtte de werknemer echter ongeschikt om te gaan werken op de schoonmaakopdracht bij de pluimveeslachterij en adviseerde Eresdé een andere werkplek te zoeken voor de werknemer. Bij brief van 5 november 2009 deelde Eresdé aan de werknemer mee dat zij hem niet te werk kon stellen op een andere schoonmaakopdracht en verzocht hem zich op 9 november 2009 te melden bij de pluimveeslachterij. De werknemer gaf geen gehoor aan dit verzoek.

3. Op 1 december 2009 nam Gom Schoonhouden B.V. (hierna: Gom) de schoonmaakopdracht bij de pluimveeslachterij over. Op de arbeidsovereenkomsten van de op de schoonmaakopdracht werkzame werknemers was de Schoonmaak-cao van toepassing. Op grond van art. 34 van deze cao dient de werkgever die een schoonmaakopdracht verwerft als gevolg van een heraanbesteding aan de ten minste gedurende anderhalf jaar op deze schoonmaakopdracht werkzame werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. De verwerver van de schoonmaakopdracht heeft deze verplichting niet tegenover werknemers die op het moment van de contractswisseling langer dan 26 weken arbeidsongeschikt zijn en bij wie geen uitzicht is op herstel in de eigen functie. In het kader van de overgang van de schoonmaakopdracht deelde Eresdé aan Gom mee dat de werknemer behoorde tot de op de schoonmaakopdracht bij de pluimveeslachterij werkzame werknemers aan wie Gom op grond van de Schoonmaak-cao een arbeidsovereenkomst aan diende te bieden. Gom deelde echter aan de werknemer mee dat zij op grond van art. 34 van deze cao niet verplicht was hem een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Op 1 december 2009 staakte Eresdé de doorbetaling van het salaris aan de werknemer.

4. In kort geding vordert de werknemer doorbetaling van zijn salaris van Eresdé. Hij voert daarbij aan dat hij arbeidsongeschikt was op het moment van de contractswisseling en derhalve op grond van art. 34 van de Schoonmaak-cao in dienst is gebleven bij Eresdé. Eresdé stelt zich op basis van de rapportages van de bedrijfsarts op het standpunt dat de werknemer niet ziek was ten tijde van de contractswisseling en de werknemer, gelet op zijn verbondenheid met de schoonmaakopdracht, van rechtswege is overgegaan naar Gom. De kantonrechter stelt vast dat Gom op basis van art. 34 van de Schoonmaak-cao niet verplicht was de werknemer een arbeidsovereenkomst aan te bieden indien hij op het moment van de contractswisseling arbeidsongeschikt was en vaststond dat hij niet meer terug zou keren op de schoonmaakopdracht. Op grond van de rapportages van de bedrijfsarts oordeelt de kantonrechter dat de werknemer niet meer tewerkgesteld kon worden op de schoonmaakopdracht bij de pluimveehouderij in zijn eigen functie. Uit die rapportages volgt echter eveneens dat de werknemer in ieder geval vanaf 17 november 2009 – en dus ook tijdens de contractswisseling – arbeidsgeschikt was voor zijn eigen functie van industrieel reiniger. Toepassing van art. 7:662 e.v. BW brengt echter naar het oordeel van de kantonrechter mee dat de werknemer na de contractswisseling op 1 december 2009 in dienst is gebleven van Eresdé.

5. De contractswisseling vormt volgens de kantonrechter een overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW. Uit de feitelijke omstandigheden volgt dat de werknemers de voornaamste factor waren bij de overgegane economische activiteit, de schoonmaakopdracht, en er een nauwe band bestaat tussen de werknemers en het onderdeel van de onderneming waarbij deze werknemers voor de uitvoering van hun taken waren aangesteld. De kantonrechter acht dan ook voldoende aannemelijk dat de schoonmaakopdracht het organisatorische kader vormde waarbinnen de arbeidsverhouding van de desbetreffende werknemers werd geconcretiseerd. Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 11 februari 2005, *JAR* 2005/67 (*Memedovic/Asito*) oordeelt de kantonrechter dat de werknemer op grond van art. 7:663 BW niet mee overging naar Gom. De kantonrechter wijst erop dat de Hoge Raad in zijn arrest overwoog dat wanneer – zoals in casu – een bedrijfsonderdeel wordt overgedragen en waarbij voor de toerekening van een werknemer aan het overgedragen onderdeel de band tussen de betrokken werknemer en het overgedragen deel van de onderneming beslissend is, deze toerekening niet langer gerechtvaardigd is als deze band is verbroken doordat duidelijk is dat de werknemer nimmer meer bij het onderdeel tewerkgesteld kan worden. De kantonrechter oordeelt op grond hiervan dat de werknemer, die niet meer op de schoonmaakopdracht tewerkgesteld kan worden, op 1 december 2009 geen deel meer uitmaakte van de schoonmaakopdracht en dus niet krachtens art. 7:663 is overgegaan naar Gom. Omdat de werknemer niet is overgegaan naar Gom is hij in dienst gebleven bij Eresdé. De kantonrechter wijst de

door de werknemer van Eresdé gevorderde loonbetaling toe.

6. Voor het van toepassing zijn van art. 7:662 e.v. BW dient sprake te zijn van een duurzaam georganiseerde economische entiteit die met behoud van identiteit overgaat ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing. Met entiteit wordt bedoeld een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend, aldus het Hof van Justitie in zijn arrest van 11 maart 1997, *NJ* 1998, 377 en *JAR* 1997/91 (*Süzen*). In dit arrest verduidelijkte het Hof van Justitie tevens in welke omstandigheden een contractswisseling waarbij geen activa werden overgedragen een overgang van een onderneming en daarmee het van toepassing zijn van de Richtlijn impliceert. In sectoren waarin de arbeidskrachten de voornaamste factor zijn bij de activiteit, zoals in de schoonmaaksector, kan een groep werknemers die duurzaam een gemeenschappelijke activiteit verricht een economische eenheid in de zin van de Richtlijn vormen. Deze economische eenheid behoudt dan volgens het Hof van Justitie haar identiteit bij de overgang 'wanneer de nieuwe ondernemer niet alleen de betrokken activiteit voortzet, maar ook een wezenlijk deel – qua aantal en deskundigheid – van het personeel overneemt dat zijn voorganger speciaal voor die taak had ingezet'. Voor het van toepassing zijn van de Richtlijn is niet noodzakelijk dat de onderneming overgaat naar aanleiding van een overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger – dat wil zeggen de ondernemer die de onderneming voor de overgang exploiteerde en de ondernemer die de exploitatie van de onderneming na de overgang voortzet of hervat (HvJ 10 februari 1988, *NJ* 1990, 423 (*Daddy's Dance Hall*). Dat het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verliest en het schoonmaakbedrijf dat de opdracht verkrijgt niet (rechtstreeks) met elkaar contracteren, vormt dus geen bezwaar.

7. Doordat de Schoonmaak-cao de nieuwe opdrachtnemer, in geval van een contractswisseling, verplicht de op die schoonmaakopdracht werkzame werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden, zal bij heraanbesteding van contracten in de schoonmaaksector al snel sprake zijn van overgang van onderneming. De verplichting op grond van deze cao om deze werknemers in dienst te nemen, heeft dan het van toepassing zijn van art. 7:662 e.v. BW tot gevolg. Dan dient echter wel een wezenlijk deel van deze werknemers de door de nieuwe opdrachtnemer aangeboden arbeidsovereenkomst te aanvaarden. Op zich zou de nieuwe opdrachtnemer het van toepassing zijn van art. 7:662 e.v. BW hier kunnen frustreren door deze werknemers een zeer karig aanbod te doen dat door de meesten geweigerd zou worden. De Schoonmaak-cao waakt daar echter voor en bevat voorschriften waarmee wordt bewerkstelligd dat de door de nieuwe opdrachtnemer aangeboden arbeidsvoorwaarden ongeveer gelijk zijn aan de arbeidsvoorwaarden bij de oude opdrachtnemer op het moment van de contractswisseling. Zodra een wezenlijk deel van de op de schoonmaakopdracht werkzame werknemers de arbeidsovereenkomst bij de nieuwe opdrachtnemer accepteert, is sprake van een overgang ex art. 7:662 e.v. BW. Op dat moment dient (uitsluitend) aan de hand van art. 7:663 BW te worden bepaald welke werknemers zijn overgegaan en spelen de bepalingen uit (art. 34 van) de Schoonmaak-cao, waarin bepaalde werknemers van overgang naar de nieuwe opdracht nemer zijn uitgezonderd, geen rol meer. Nu in deze zaak sprake was van overgang van onderneming ex art. 7:662 e.v. BW had de kantonrechter in zijn overwegingen dus niet meer in hoeven gaan op de vraag of de werknemer al dan niet viel onder de uitzonderingen van art. 34 van de Schoonmaak-cao.

8. Uit het arrest van het Hof van Justitie van 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902 (*Botzen*) volgt dat indien niet de gehele onderneming, maar slechts een deel van de onderneming of een van de ondernemingen van de vervreemder overgaat, alleen de bij de vervreemder in dienst zijnde werknemers overgaan die zijn aangesteld/ingedeeld bij (dat deel van) die onderneming. Gaat de gehele onderneming van de vervreemder over en blijven geen activiteiten achter bij de vervreemder, dan gaan alle in dienst bij de vervreemder zijnde werknemers van rechtswege over naar de verkrijger (HvJ 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (*d'Urso*). Bij de overgang van een onderdeel van een onderneming dient de ex art. 7:663 BW overgaande werknemer in dienst te zijn bij de vervreemder én feitelijk werkzaam te zijn bij het overgaande onderdeel. In het arrest Memedovic/Asito waarnaar de kantonrechter in deze uitspraak verwijst, ging het ook om de overgang van een schoonmaakopdracht. In dit geval was de werknemer, om redenen die geen verband hielden met de contractswisseling, geschorst zonder dat enig uitzicht bestond op terugkeer in de oude functie bij de schoonmaakopdracht. Naar het oordeel van de Hoge Raad gold deze werknemer niet als werkzaam bij het overgaande bedrijfsonderdeel in de zin van art. 7:663 BW: niet omdat hij verhinderd was zijn werkzaamheden bij dat bedrijfsonderdeel feitelijk te verrichten, maar omdat die verhindering niet van in beginsel tijdelijke aard was. Aan de feitelijke status van de betrokken werknemer, die erop neerkwam dat de werknemer blijvend van de schoonmaakopdracht was gehaald, kwam naar het oordeel van de Hoge Raad meer gewicht toe dan aan de formele status.

9. Om geen afbreuk te doen aan de met art. 7:662 e.v. BW beoogde bescherming van de werknemer, dient de rechter zich er in een situatie als aan de orde in deze zaak op grondige wijze van te vergewissen dat (1) vaststaat dat de werknemer zijn werkzaamheden bij het overgaande onderdeel blijvend niet meer zal verrichten en (2) de reden van het door de werknemer blijvend niet meer verrichten van deze werkzaamheden geen verband houdt met de overgang van het onderdeel van de onderneming. In deze uitspraak achtte de bedrijfsarts, en niet de werkgever, de werknemer (blijvend) ongeschikt om te gaan werken op de schoonmaakopdracht. De werknemer lijkt zich hierbij te hebben aangesloten getuige het feit dat hij zich niet meldde bij de schoonmaakopdracht toen de werkgever daarom verzocht. Voor de kantonrechter is dit genoeg om te oordelen dat vaststaat dat de werknemer zijn werkzaamheden op de schoonmaakopdracht blijvend niet meer zal verrichten en zijn arbeidsovereenkomst in lijn met de 'Memedovic-leer' niet is overgegaan naar de nieuwe opdrachtnemer. Ik vraag mij af of dit voldoende is en waar dan de grens ligt bij de toepassing van de 'Memedovic-leer.' In het Memedovic-arrest was de werknemer naar aanleiding van klachten van de opdrachtgever geschorst door de werkgever en bestond geen uitzicht op de terugkeer van de werknemer op die opdracht in zijn oude functie. Van Slooten betoogde naar aanleiding van het Memedovic-arrest dat dan ook blijvend arbeidsongeschikte werknemers, voor wie geen re-integratiemogelijkheden meer bestaan bij het overgaande onderdeel, niet mee over zouden gaan (*NJB* 9 september 2005, p. 1632). In deze zaak lijkt het oordeel van de kantonrechter te zijn gebaseerd op het oordeel van de bedrijfsarts, dat de werknemer niet geschikt is voor werk op de overgaande schoonmaakopdracht. Niet duidelijk is waarop de bedrijfsarts dit oordeel baseert. Mijns inziens is dit echter wel relevant bij de beantwoording van de vraag of de werknemer krachtens art. 7:663 BW overgaat. Lijdt de werknemer bijvoorbeeld aan een ongeneeslijke pluimveeallergie dan is onomstreden dat hij nooit meer werkzaam zal kunnen zijn op de schoonmaakopdracht bij de pluimveeslachterij. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de werknemer samenwerkingsproblemen heeft met collega's of leidinggevenden op de schoonmaakopdracht. In dit geval zou van een nooit meer verrichten van werkzaamheden op de

schoonmaakopdracht geen sprake hoeven te zijn wanneer de problemen door middel van mediation of een andere ‘je-hart-luchten-variant’ kunnen worden opgelost. Mijns inziens had de rechter hier in deze zaak meer aandacht aan moeten besteden. Indien immers te gemakkelijk wordt geoordeeld dat de werknemer op grond van de ‘Memedovic-leer’ niet mee overgaat, bestaat het gevaar dat afbreuk wordt gedaan aan de met art. 7:662 e.v. BW beoogde bescherming van de werknemer.