

Geen overgang van onderneming?

Wanneer een school van schoonmaakbedrijf wisselt, verschuiven de schoonmaakwerkzaamheden van de schoonmaakster van de vroege ochtend naar het einde van de middag. De schoonmaakster komt hierdoor in de knoei met haar werkzaamheden bij een andere werkgever. Wat nu? **PAULINE MAARSEN***

Een werknemer is op 2 augustus 1993 als schoonmaakster in dienst getreden van schoonmaakbedrijf Hectas. Ze verrichtte van maandag tot en met vrijdag van 5.30 uur tot 7.45 uur werkzaamheden in een school. Naast het dienstverband met Hectas had zij ook een arbeidsovereenkomst met dienstverleningsbedrijf ISS. Voor dit bedrijf werkte zij op dezelfde dagen van 8.00 tot 11.00 uur, van 14.00 tot 15.30 uur en van 17.30 tot 19.30 uur.

Nieuw contract

Met ingang van 1 september 1993 heeft de school als opdrachtgever van de schoonmaakwerkzaamheden de overeenkomst met Hectas beëindigd. Ze is een nieuw contract aangegaan met bedrijf X, waardoor de schoon-

De werktijden bij dit vaste dienstverband zullen voortaan van 16.00 tot 18.30 uur zijn. De werknemer heeft vervolgens aan X meegedeeld dit niet te kunnen accepteren, omdat zij op dat tijdstip werkzaamheden voor ISS verricht.

Dan bericht Hectas aan de werknemer dat haar dienstverband met ingang van 1 september 2003 is beëindigd.

Loondoorbetaling

De werknemer is het hier niet mee eens. Wanneer haar geen loon meer wordt doorbetaald, start ze een procedure voor de kantonrechter in Haarlem. Daar verzoekt zij veroordeling van X tot doorbetaling van haar loon. Ze vindt primair dat er sprake is van overgang van onderneming (artikel 7:662 Burgerlijk Wetboek) en dat zij dus op

De werknemer gaat in hoger beroep bij het gerechtshof. X op haar beurt gaat in hoger beroep tegen de stelling dat er sprake is van overgang van onderneming.

Overgang: ja of nee?

Is er sprake van overgang van onderneming? Het hof oordeelt dat op grond van artikel 7:663 BW bij de overgang van onderneming de rechten en verplichtingen die voor de werkgever voortvloeiën uit een arbeidsovereenkomst met een in de onderneming werkzame werknemer van rechtswege overgaan op de verkrijger.

Onder overgang moet verstaan worden: de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing van een economische eenheid, die haar identiteit behoudt. De overgang moet verder betrekking hebben op een duurzaam georganiseerde economische entiteit, wat verwijst naar een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.

De vraag of er hier sprake is van overgang van onderneming moet worden beantwoord aan de hand van alle omstandigheden van het geval en bij de beoordeling daarvan moet rekening gehouden worden met de aard van de betrokken onderneming. In deze zaak was Hectas na het beëindigen van het contract met de school in haar volle omvang blijven bestaan. De werknemer was de enige werknemer die in de school schoonmaakwerkzaamheden verrichtte. Dit betekent dat hier louter sprake is van het verlies van een opdracht door Hectas aan een concurr-

Rechten en verplichtingen vloeien voort uit de arbeidsovereenkomst met de werknemer

maaktijden zijn gewijzigd van de vroege ochtend naar het einde van de middag. Eind juli 2003 ontving de werknemer een brief van Hectas dat zij op basis van artikel 50 van de CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf (zie kader) in aanmerking komt om bij X in dienst te treden. Ook is aan de werknemer meegedeeld dat X met ingang van 1 september 2003 conform de cao de medewerkers van Hectas op het object school moet overnemen. In antwoord hierop heeft X twee dagen later aan Hectas meegedeeld dat zij de werknemer een vast dienstverband zal aanbieden. Wat ook gebeurt.

1 september 2003 van rechtswege (automatisch) in dienst is getreden bij X. Subsidiair, mocht van overgang van onderneming geen sprake zijn, is volgens haar de opzegging door Hectas niet rechtsgeldig.

De kantonrechter wijst op 23 maart 2005 haar vordering af. Er is volgens de rechter weliswaar sprake van overgang van onderneming per 1 september 2003 van Hectas naar X, maar de werknemer heeft de wijziging in werktijden in redelijkheid niet mogen weigeren. Zij heeft zich dus niet beschikbaar gesteld de overeengekomen werkzaamheden te verrichten.

rend schoonmaakbedrijf. Dit kan niet zonder meer gelijk worden gesteld met overgang van onderneming. Dat Hectas en X vergelijkbare diensten verrichten voor de school, is niet voldoende om te kunnen concluderen dat een duurzaam georganiseerde economische entiteit is overgedragen.

Dit betekent dat de werknemer – in tegenstelling tot wat de kantonrechter heeft geoordeeld – op 1 september 2003 niet van rechtswege in dienst is getreden bij X.

Rechtsgeldige beëindiging?

Het hof oordeelt verder dat het vonnis van de kantonrechter geen inzicht heeft gegeven in de manier waarop het dienstverband met X dan wel Hectas is beëindigd en dat de kantonrechter niet ingegaan is op het al dan niet rechtsgeldig beëindigen van het dienstverband. Nu echter in hoger beroep is komen vast te staan dat de werknemer niet van rechtswege bij X in dienst is getreden, hoeven deze stellingen geen bespreking. Bovendien, zo vervolgt het hof, kan niet beoordeeld worden of het door Hectas aan de werknemer gegeven ontslag al dan niet rechtsgeldig

is, nu Hectas geen partij is in dit hoger beroep.

Cao

Vervolgens moet de vraag beantwoord worden of X heeft voldaan aan haar verplichting die voortvloeit uit artikel 50 cao om aan de werknemer een dienstverband aan te bieden. Deze vraag wordt door het hof bevestigend beantwoord: X heeft inderdaad de werknemer een vast dienstverband aangeboden, de werknemer heeft het aanbod alleen niet geaccepteerd. Zij stelt dat het aanbod niet redelijk was en dat zij dus daar niet op in hoefde te gaan. Volgens haar had X rekening moeten houden met de arbeidstijden waarop zij voor ISS werkte. Hier is het hof echter niet mee eens. Werknemers dienen in *alle redelijkheid* hun medewerking te verlenen aan een wijziging van de werktijden wanneer dit door wijzigingen in het contract noodzakelijk is geworden, zo volgt uit het derde lid van artikel 50 van de cao. Dat de werknemer al bij een andere werkgever, namelijk ISS, werkzaamheden verrichtte van 17.30 tot 19.30 uur, wat dus een belemmering vormde om

op het gewijzigde tijdstip bij X te werken, is een omstandigheid die in de risicosfeer van de werknemer ligt. Het gerechtshof is het eens met de kantonrechter, dat de werknemer haar medewerking had moeten verlenen aan de gewijzigde werktijden en dat zij X niet kan verwijten niet te hebben voldaan aan de uit de cao voortvloeiende verplichting om haar een dienstverband aan te bieden. Dit geldt te meer, nu het in deze situatie op de weg van de werknemer had gelegen om naar vermogen bij te dragen aan een oplossing voor de elkaar overlappende werktijden. Zij had immers bij ISS kunnen nagaan of haar werkzaamheden van 17.30 tot 19.30 uur misschien op een ander tijdstip zouden kunnen worden uitgevoerd. Haar stelling dat dit niet van haar verlangd kan worden, gaat niet op; ze heeft het zelfs niet eens geprobeerd!

Het gerechtshof stelt de werknemer in het ongelijk. Hij bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter en veroordeelt de werknemer in de kosten van de procedure.

Bron: Gerechtshof Amsterdam, 14 december 2006, LJN: BA2990

* mr. drs. Pauline Maarsen is zelfstandig juridisch adviseur in Alphen aan den Rijn (e-mail: p.maarsen@planet.nl)

Artikel 50 CAO Schoonmaak- en Glazenwassersbedrijf luidt:

1. Op het schoonmaak- respectievelijk glazenwassersbedrijf dat bij een contractswisseling ten gevolge van *heraanbesteding* een project verwerft, rust zelfstandig de plicht bij het andere betrokken schoonmaak- respectievelijk glazenwassersbedrijf informatie in te winnen met betrekking tot de *personeelssterkte en -samenstelling*, arbeidsvoorwaarden en duur van het dienstverband van de betrokken werknemers op het desbetreffende project. (...)
2. Het schoonmaak- respectievelijk glazenwassersbedrijf dat het project verwerft, is verplicht alle werknemers die overeenkomstig lid 1 werkzaam zijn op het project, een *arbeidsovereenkomst* aan te bieden, rekening houdend met onderstaande bepaling. Onder werknemers in het kader van dit artikel wordt verstaan werknemers die op de datum van contractswisseling tenminste 1 jaar op het desbetreffende project werkzaam zijn. (...)
3. De *werknemers* zullen in alle redelijkheid hun medewerking geven aan:
 - het op andere wijze
 - en of op andere tijden uitvoeren van de werkzaamheden, indien dit door wijzigingen in de inhoud van het contract noodzakelijk is.
 (...)

DE STANDAARD IN MICROVEZEL



GREENSPEED
+31 (0)70 - 345 87 37 www.greenspeed.eu