

RECHTSPRAAK

bewindvoerder werkneemster/Q-Park Beheer B.V.

Overname parkeerbeheer is een overgang van onderneming. Behoud van identiteit. Kapitaalintensieve sector. Arbeidsongeschiktheid leidt er niet toe dat de band met de onderneming is verbroken.

Werkneemster is met ingang van 6 maart 2012 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij ParkKing in de functie van parkeerwachter. Zij was laatstelijk werkzaam in (een van) de twee parkeergarages die in eigendom toebehoren aan de gemeente. Middels een aanbestedingsprocedure is het beheer van de beide garages met ingang van 29 december 2015 aan Q-Park gegund. Werkneemster is sinds 15 mei 2015 arbeidsongeschikt en ontvangt sedert januari 2016 noch van ParkKing noch van Q-Park salaris of ziekengeld. Kern van het geschil is de vraag of sprake is van een overgang van onderneming. In het vonnis waarvan beroep heeft de kantonrechter de vorderingen van werkneemster afgewezen en haar in de proceskosten veroordeeld. Werkneemster heeft in hoger beroep acht grieven aangevoerd. Zij heeft geconcludeerd tot vernietiging van het vonnis waarvan beroep en tot het alsnog toewijzen van haar vorderingen.

Het hof oordeelt als volgt. Op grond van de thans ter beschikking staande gegevens is het hof voorshands van oordeel dat per 29 december 2015 sprake is van een overgang van onderneming. Het hoger beroep is derhalve gegrond. Daartoe wordt het volgende overwogen. Werkneemster heeft naar voren gebracht dat het begrip ‘overeenkomst’ in de zin van artikel 7:662 lid 2 onderdeel a BW zo ruim dient te worden uitgelegd dat de aanbesteding in kwestie daaronder moet worden begrepen. Q-Park heeft dit – terecht – niet bestreden. Ook het hof zal ervan uitgaan dat in dit geval is voldaan aan de eis dat de overgang van een onderneming het gevolg is van een overeenkomst. Vervolgens is de vraag of in dit geval de identiteit van de betrokken economische eenheid behouden is gebleven. De aard van de betrokken onderneming, parkeerbeheer, is niet gewijzigd. Het parkeerbeheer in kwestie kan naar het voorlopig oordeel van het hof niet worden beschouwd als een activiteit waarvoor arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, omdat daarvoor de benodigde uitrusting noodzakelijk is. Daarbij gaat het om de parkeergarages met de tolpoortjes, slagbomen, betaalautomaten en dergelijke. Het betreft essentiële materiële activa die door de gemeente ter beschikking worden gesteld om het beheer uit te voeren, eerst aan ParkKing, daarna aan Q-Park. *In confesso* is dat de omstandigheid dat geen eigendomsoverdracht plaatsvindt (het eigendom blijft bij de gemeente) niet relevant is. Ook indien het merendeel van de

werkzaamheden van het beheer van parkeergarages en het overgrote deel van de werkzaamheden van een parkeerwachter/parking host bestaat uit schoonmaakwerkzaamheden, maakt dit niet dat het parkeerbeheer in kwestie als arbeidsintensief kan worden aangemerkt. Volgens Q-Park is van belang dat de materiële activa die aan de beheerder ter beschikking worden gesteld niet zozeer worden gebruikt om de beheertaak uit te voeren, maar veeleer onderwerp van deze beheertaak zijn. Ook dit maakt echter niet dat het parkeerbeheer in kwestie als arbeidsintensief kan worden aangemerkt. Het hof merkt nog op dat hier geen sprake is van 'straat parkeerbeheer' zoals partijen het noemen (parkeercontrole op straat waarbij een parkeercontroleur langs parkeerplekken gaat om auto's te controleren), waarbij mogelijk wel sprake kan zijn arbeidsintensieve activiteiten. Nu evenwel geen vereiste is dat de klantenkring een vaste en individueel bepaalde groep is, acht het hof het feit dat het gaat om parkeerders die om bepaalde redenen kiezen voor de parkeergarages in kwestie (bijv. wegens bezoek aan het ziekenhuis of de Sociale Verzekeringsbank, zoals door werkneemster genoemd) voldoende om te kunnen oordelen dat de klantenkring van ParkKing is overgedragen aan Q-Park voor wat betreft de toepassing van artikel 7:662 lid 2 BW. Als onbetwist door Q-Park staat vast dat, zoals werkneemster stelt, Q-Park het beheer van de garages na ParkKing met ingang van 29 december 2015 'naadloos', zonder onderbreking, heeft voortgezet. Alle feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang bezien wordt de identiteit van betrokken economische eenheid voorshands geacht behouden te zijn gebleven. Voor het overige zijn geen feiten of omstandigheden gesteld of gebleken die tot een ander oordeel kunnen leiden. Er zijn al met al voldoende aanwijzingen dat Q-Park een lopend bedrijf heeft overgenomen.

Q-Park heeft het verweer gevoerd dat bij werkneemster sprake is van een ontbreken van een duurzame betrokkenheid bij de onderneming en reeds om die reden geen sprake kan zijn van indiensttreding bij Q-Park, zelfs in het geval van een overgang van onderneming. Dit in verband met het feit dat werkneemster al vanaf mei 2015 arbeidsongeschikt is. Q-Park heeft daarbij een beroep gedaan op het Asito-arrest (HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:AR4466). Anders dan het Asito-arrest, doet zich niet de situatie voor dat de band met de onderneming is verbroken doordat de betrokken werknemer is geschorst zonder dat enig uitzicht op terugkeer in diens oude functie bestaat. In dit geval was werkneemster niet op 29 december 2015 werkzaam omdat zij ziek was. Dat er op 29 december 2015, en overigens ook daarna, geen uitzicht op terugkeer in haar oude functie was, acht het hof voorts niet aannemelijk. Daarbij speelt mee dat de bedrijfsarts in haar verslag d.d. 25 februari 2015 heeft opgenomen: 'Herstel is niet uitgesloten, er is geen sprake van een medische eindsituatie.' Q-Park heeft erop gewezen dat bij toewijzing van de vorderingen van werkneemster een aanmerkelijk restitutierisico bestaat. Dit kort geding is namelijk opgestart door de meerderjarigenbewindvoerder en werkneemster zit dus in een schuldsaneringstraject. Ook indien er een aanmerkelijk restitutierisico bestaat, weegt dit niet op tegen het zwaarwegende belang van werkneemster bij toewijzing van de onderhavige vorderingen. Dit belang is hierin gelegen dat zij niet verstoken is van inkomsten. Het hof voegt daaraan toe dat hierin ook de spoedeisendheid van de vorderingen is gelegen.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 06-12-2016

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2016:5420

Zaaknummer: 200.192.189_01

Rechters: O.G.H. Milar, J.M.H. Schoenmakers en J.P. de Haan

Advocaten: E.P.B. Moors en E.V.C. Savelkoul

Wetsartikelen: 7:662 BW