

RECHTSPRAAK

## werkgeefster/werkneemster c.s.

***Pedagogisch medewerkers kinderdagverblijf, allen arbeidsongeschikt, zijn van rechtswege mee overgegaan naar de overnemende partij. Kinderdagverblijf is kapitaalintensieve onderneming. Geen plaats voor ontbinding op de h-grond, nu dit verzoek verband houdt met de ziekte van werkneemsters.***

### *Feiten*

Drie werkneemsters zijn op enig moment in dienst getreden van bedrijf X, een kinderdagverblijf, in de functie van pedagogisch medewerker. Zij hebben zich alle drie op enig moment vóór 1 november 2018 ziek gemeld. Op 10 september 2018 hebben X en een overnemende partij (hierna: werkgeefster) een overeenkomst tot verkoop van de kinderopvang per 1 november 2018 gesloten. Partijen komen daarbij overeen dat het personeel van X niet wordt overgenomen. Werkgeefster verzoekt thans een verklaring voor recht dat geen sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW en dat zij niet op grond van artikel 7:663 BW werkgeefster is geworden van werkneemsters. Zelfs indien wel geconcludeerd wordt dat sprake is van een overgang van onderneming, dan geldt volgens werkgeefster dat geen sprake is van 'daar werkzame werknemers' in de zin van artikel 7:663 BW, omdat er gelet op de ziekte van werkneemsters geen reëel uitzicht bestaat op terugkeer naar hun werk en de band met de onderneming duurzaam is verbroken. Voor het geval het voorgaande niet opgaat, verzoekt werkgeefster om ontbinding van de arbeidsovereenkomsten met werkneemsters op de h-grond.

### *Oordeel*

#### *Overgang van onderneming – identiteitsbehoud*

De kantonrechter oordeelt ten aanzien van het vereiste van identiteitsbehoud als volgt. Bij de start op 1 november 2018 van het kinderdagverblijf van werkgeefster waren acht van de vijftien kindplaatsen bezet. Deze acht kinderen waren allemaal kinderen die daarvoor bij X opvang genoten. Dat lijkt het directe gevolg van het handelen van X en werkgeefster. Zij waren immers overeengekomen dat ouders de gelegenheid zou worden geboden over te stappen naar werkgeefster en zij hebben in dat verband ook een open dag gehouden. Gelet op het voorgaande is er feitelijk sprake van het overdragen van de klantenkring. Voorts is het kinderdagverblijf van werkgeefster gevestigd in hetzelfde pand, waarbij de reeds bestaande huurovereenkomst is overgenomen door werkgeefster. Ook is de gehele inventaris

overgenomen en heeft de onderneming van werkgeefster haar deuren geopend direct aansluitend aan het beëindigen van X. Het enkele feit dat er geen personeel is overgenomen betekent nog niet dat daarom geen sprake is van overgang van onderneming. Naar het oordeel van de kantonrechter is een kinderdagverblijf geen arbeidsintensieve onderneming. De materiële activa zijn in dit geval overgedragen. Dit alles leidt tot de conclusie dat sprake is van behoud van identiteit.

#### *Zijn werknemers mee overgegaan?*

De kantonrechter oordeelt dat het beroep van werkgeefster op (onder meer) het arrest Memedovic/Asito (HR 11 februari 2005, JAR 2005/67) niet opgaat. Dat arrest heeft immers betrekking op de situatie waarin niet een gehele onderneming wordt overgedragen, maar slechts een deel daarvan. In de onderhavige zaak is echter geen sprake van de overgang van een onderdeel van de onderneming, maar van de gehele onderneming. De vraag of werknemers aan een bepaald onderdeel van die onderneming kunnen worden gekoppeld, is dan ook niet aan de orde. Werknemers moeten dan ook worden beschouwd als werkzaam bij de overgedragen onderneming, ook al waren zij ziek. Werknemers zijn bij de overgang van onderneming mee overgegaan. Afwijzing van de verklaring voor recht volgt.

#### *Ontbindingsverzoek (h-grond)*

De kantonrechter stelt vast dat sprake is van een opzegverbod, omdat werknemers ongeschikt zijn tot het verrichten van arbeid wegens ziekte. Dit opzegverbod staat gezien artikel 7:671b lid 6 BW in de weg aan ontbinding, omdat het verzoek verband houdt met de ziekte van werknemers. Het verzoek is immers gebaseerd op de stelling van werkgeefster dat zij (met name) als gevolg van de re-integratieverplichtingen jegens werknemers failliet zal raken. Ook indien geen sprake zou zijn geweest van een opzegverbod is het ontbindingsverzoek niet toewijsbaar. De h-grond dient zeer restrictief te worden uitgelegd en is slechts bedoeld voor situaties die niet onder een andere ontslaggrond vallen. Daarvan is nu juist wel sprake: werkgeefster beroept zich in feite immers op de a-grond. Voor ontbinding op de h-grond is dan ook geen plaats.

---

**Instantie:** Rechtbank Amsterdam

**Datum uitspraak:** 29-03-2019

**ECLI:** ECLI:NL:RBAMS:2019:7060

**Zaaknummer:** 7515912 EA VERZ 19-73

**Rechters:** C.W. Inden

**Advocaten:** J.L.W. Nillesen, J. Knaap en D.S. de Ploeg

**Wetsartikelen:** 7:662 BW, 7:663 BW, 7:669 lid 3 sub h BW en 7:671b BW