

RECHTSPRAAK

Cateringmedewerker die niet meer wordt toegelaten bij klant, kan niet aan dit onderdeel worden toegerekend bij overgang van onderneming. Artikel 10 CAO Cateringbranche komt geen ruimere werking toe dan toerekening OVO.*Feiten*

Werknemer (geboren 1975) is sinds 1 april 2009 bij Albron in dienst en werkzaam bij het bedrijfsrestaurant van Bank X NV. Op de arbeidsovereenkomst tussen werknemer en Albron is de cao voor de contractcateringbranche (hierna: de cao) van toepassing verklaard. Artikel 10 van deze cao bepaalt – kort gezegd – dat de arbeidsovereenkomst van een ‘betrokken werknemer’, die als gevolg van een contractwisseling (waarbij de opdrachtgever van zijn werkgever een cateringovereenkomst aangaat met een andere contractcateraar) zijn arbeidsplaats bij de oude werkgever verliest en ten tijde van het verlies van de opdracht aan het betreffende contract was toegewezen, door de opvolgende contractcateraar – als de nieuwe werkgever – dient te worden voortgezet zonder dat de arbeidsvoorwaarden wijzigen, zulks als ware sprake van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek (BW). Per 1 november 2019 is het cateringwerk door de bank aan een derde gegund, Y. Werknemer staat op de lijst van ‘betrokken medewerkers’ in het kader van de contractswisseling. In augustus heeft zich een incident voorgedaan waarbij werknemer zich volgens de bank ‘onacceptabel’ en ‘onprofessioneel’ heeft uitgelaten over en jegens D, een contractmanager van de bank. De bank heeft Albron verzocht werknemer van de opdracht te halen. Albron wilde enkel aan dit verzoek meewerken als werknemer op de ‘overnamelijst’ bleef staan. Feitelijk zou werknemer dan niet meer voor de bank werken, maar formeel wel. Op 24 september heeft werknemer zich met spanningsklachten ziek gemeld. Y heeft werknemer niet overgenomen. Partijen leggen thans aan de kantonrechter de vraag voor of werknemer tot de ‘betrokken werknemers’ behoort (96 Rv).

Oordeel

De kantonrechter oordeelt als volgt.

Werknemer kan niet worden toegerekend aan onderneming wegens verbreking duurzame band met dit onderdeel

Onder verwijzing naar eerdere rechtspraak van het Europese Hof van Justitie en in navolging van de conclusie van de advocaat-generaal, heeft de Hoge Raad in het Asito-arrest (HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4466, r.o. 4.4) overwogen dat ‘voor de toerekening van een

werknemer aan het over te dragen onderdeel van de onderneming de band tussen de betrokken werknemer en het over te dragen onderdeel van de onderneming beslissend is' en dat die toerekening 'niet langer gerechtvaardigd' is 'indien de band is verbroken, doordat de betrokken werknemer (om andere redenen dan met het oog op de overdracht van het desbetreffende bedrijfsonderdeel) is geschorst (en daarmee van het project is gehaald) zonder dat enig uitzicht op terugkeer in diens oude functie bestaat'. De Hoge Raad voegde eraan toe: 'De betrokken werknemer heeft dan – in de terminologie van art. 7:663 BW – niet langer als bij het desbetreffende bedrijfsonderdeel werkzaam te gelden, niet omdat hij is verhinderd zijn werkzaamheden bij dat bedrijfsonderdeel feitelijk te verrichten, maar omdat die verhindering niet van in beginsel tijdelijke aard is. Hierbij zij aangetekend dat aan de feitelijke status van de betrokken werknemer - hij is blijvend van het project gehaald - in dit verband meer gewicht toekomt dan aan diens formele status (...).' In het geschil tussen Albron en Y is daarom beslissend of de band tussen werknemer en het over te dragen onderdeel van de onderneming van Albron vóór 1 november 2019 al dan niet was verbroken zonder dat enig uitzicht op zijn terugkeer naar het bedrijfsrestaurant van bank bestond. Dat werknemer door Albron niet uitdrukkelijk was geschorst, op non-actief gesteld of herplaatst, is hierbij niet van belang, omdat aan de formele status van de door Albron getroffen ordemaatregel (om werknemer niet meer bij de bank te laten werken) minder gewicht toekomt dan aan de feitelijke situatie dat hij daar ten tijde van de contactwisseling niet meer werkte. Het komt dus aan op de vraag of er nog enig uitzicht was op een terugkeer van werknemer naar het bedrijfsrestaurant van de bank. De kantonrechter beantwoordt die vraag ontkennend. Uit de correspondentie tussen Albron en de bank blijkt dat de bank in augustus 2019 aan werknemer de toegang tot het werk heeft ontzegd en daarna jegens Albron heeft volhard in het standpunt dat hij vanwege de samenwerkingsproblemen met D moest worden vervangen. Albron heeft zich daar harerzijds bij neergelegd, in die zin dat zij het meningsverschil over de houdbaarheid van de positie van werknemer bij de bank – met het oog op de aanstaande contractwisseling – niet op de spits heeft willen drijven en het ertoe heeft willen leiden dat werknemer niet door haarzelf, maar door Y als nieuwe contractcateraar zou worden herplaatst.

Artikel 10 Catering-cao geen ruimere betekenis dan 'toerekeningsleer' bij OvO

Resteert de vraag of het bepaalde in artikel 10 van de toepasselijke cao – objectief, zoals de cao-norm voorschrijft – zó moet worden uitgelegd dat Y, niettegenstaande hetgeen hierboven omtrent de toepassing van de wettelijke regeling van overgang van onderneming is overwogen, verplicht is de arbeidsovereenkomst met werknemer over te nemen en voort te zetten. Die verplichting heeft Y niet. Dit volgt uit het derde lid van die cao-bepaling, inhoudende dat de nieuwe cateraar verplicht is om de betrokken werknemers te behandelen alsof sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Nu partijen het erover eens zijn dat op 1 november 2019 sprake is geweest van een overgang van (een onderdeel van de) onderneming in de zin van die wetsbepaling, komt aan artikel 10 van de cao tussen hen geen werking toe. Daarenboven is de kantonrechter van oordeel dat, net als werknemer per ultimo oktober 2019 niet meer kon worden beschouwd als 'werkzaam' bij de bank, hij ten tijde van de contractwisseling ook niet meer geacht kon worden aan het

bankcontract van Albron te zijn 'toegewezen' in de zin van het tweede lid van genoemd artikel 10. Uit de tekst, context en strekking ervan blijkt niet dat beoogd is om de cao-toerekening van een werknemer aan het overgegangene contract anders, meer formeel dan feitelijk, te doen plaatsvinden dan behoort te geschieden in het kader van de toepassing van artikel 7:663 BW. Het beroep van Albron op de omstandigheid dat op de loonstroken altijd de bank als de 'Organisatorische eenh(eid)' is genoemd, faalt. Ook bij toepassing van artikel 10 van de cao moet door de gekozen constructie heen worden gekeken en is de feitelijke situatie beslissend.

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 29-07-2020

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2020:2973

Zaaknummer: 8377530 UC FORM 20-1773 LH/1040

Rechters: H.A.M. Pinckaers

Advocaten: H.J.M. Strik, M.W. Bakker en M.W. van de Loo

Wetsartikelen: 7:662 BW