

# arrest

---

## GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team II

zaaknummer : \_\_\_\_\_

zaaknummer rechtbank Amsterdam : \_\_\_\_\_

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 21 mei 2019

inzake

**A**

wonend te \_\_\_\_\_, gemeente \_\_\_\_\_,  
appellante,  
advocaat: mr. R.W.M. Beerens te Den Haag,

tegen

**B**

gevestigd te \_\_\_\_\_, gemeente \_\_\_\_\_,  
geïntimeerde,  
advocaat: mr. A. Klaassen te Barneveld.

### 1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna **A** en **B** genoemd.

**A** is bij dagvaarding van 24 april 2018 in hoger beroep gekomen van het vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Amsterdam (hierna: de kantonrechter), van 20 februari 2018, onder bovenvermeld zaaknummer gewezen tussen **A** als eiseres en onder meer **B** als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven;
- memorie van antwoord met producties.

Ten slotte is arrest gevraagd.

**A** heeft geconcludeerd, samengevat, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en, uitvoerbaar bij voorraad, haar vorderingen in hoger beroep alsnog zal toewijzen, met veroordeling van **B** in de kosten van het geding in beide instanties.

**B** heeft geconcludeerd de vorderingen van **A** af te wijzen, het bestreden vonnis te bekrachtigen en **A** te veroordelen in de kosten van het geding, naar het

---

hof begrijpt: in hoger beroep, waaronder begrepen het salaris van de (proces)advocaat en de nakosten.

Beide partijen hebben in hoger beroep bewijs van hun stellingen aangeboden.

## 2. Feiten

De kantonrechter heeft in het bestreden vonnis onder 1 (1.1 tot en met 1.12) de feiten vastgesteld die tot uitgangspunt zijn genomen. Deze feiten zijn in hoger beroep niet in geschil en dienen derhalve ook het hof als uitgangspunt. Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, komen de feiten - voor zover in hoger beroep van belang - neer op het volgende.

2.1. **A** is in 2002 als verkoopmedewerkster in dienst getreden van (de rechtsvoorganger van) **C** (hierna: **C**). Zij is vanaf het begin van haar arbeidsovereenkomst werkzaam geweest in het filiaal in (verder: de supermarkt).

2.2 In februari en maart 2017 heeft **C** met **A** gesproken over de door **C** voorgenomen overplaatsing van **A** naar het filiaal van **C** aan de in . Bij brief van 17 maart 2017 heeft **C** aan **A** samengevat, medegedeeld dat zij met ingang van uiterlijk 24 april 2017 wordt overgeplaatst naar het filiaal aan de te .

2.3 Op 28 maart 2017 heeft een personeelsbijeenkomst plaatsgevonden waarbij het personeel van de supermarkt is geïnformeerd over de voorgenomen verkoop van de supermarkt aan **B**.

2.4 **C** en **B** hebben een overeenkomst tot verkoop (verder: verkoopovereenkomst) gesloten waarbij de supermarkt is verkocht aan **B**. Als overnamedatum staat in artikel 4.5. van de verkoopovereenkomst vermeld: "24 april 2017 op de openingstijd."

2.5 Op 12 april 2017 heeft **B** in een plaatselijk weekblad een advertentie laten plaatsen waarin, samengevat, wordt medegedeeld dat **B** de supermarkt in overneemt en vanaf maandag 24 april 2017 te 08.00 uur klaarstaat voor klanten, waarbij de eerste 150 klanten een gratis boeket bloemen in het vooruitzicht wordt gesteld.

2.6 Op 14 april 2017 is de winkel fysiek deels aan de wensen van **B** aangepast.

2.7 Bij brief van 14 april 2017 heeft **C** aan **A** laten weten dat zij met ingang van 18 april 2017 wordt overgeplaatst naar het filiaal aan de te

---

en daar op die datum werd verwacht. **A** heeft vanaf 18 april 2017 haar werkzaamheden in dit filiaal verricht.

2.8 Op zondag 23 april 2017 is, blijkens de hiervoor in 2.5 vermelde advertentie, de supermarkt de hele dag gesloten geweest om deze in orde te maken voor de heropening op maandag 24 april om 8.00 uur.

### 3. Beoordeling

3.1 **A** heeft in eerste aanleg **B** en **C** gedagvaard. Zij heeft, samengevat en voor zover van belang, gevorderd dat de kantonrechter:

- voor recht verklaart dat tussen **A** en **B** een arbeidsovereenkomst bestaat;

- **B** beveelt **A** toe te laten tot het verrichten van haar werkzaamheden in de supermarkt op straffe van verbeurte van een dwangsom;

- voor recht verklaart dat **C** in strijd met artikel 7:611 van het Burgerlijk Wetboek (BW) heeft gehandeld.

3.2 Nadat **B** en **C** verweer hadden gevoerd, heeft de kantonrechter bij het bestreden vonnis de vorderingen tegen **B** afgewezen en **A** veroordeeld in de proceskosten.

3.3 Tegen deze beslissingen en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komt **A** met drie grieven op. Met de grieven I en II komt **A**, samengevat, op tegen het oordeel van de kantonrechter dat het moment van de overgang van de onderneming (hierna: de overgang) lag op 24 april 2017. Met grief III bestrijdt **A** het oordeel dat zij ten tijde van de overgang geen deel uitmaakte van het personeelsbestand van de overgenomen onderneming, de supermarkt.

3.4 **A** stelt ter onderbouwing van haar grieven, samengevat, primair dat de overgang eerder dan op 24 april 2017, te weten op het moment waarop **C** en **B** omtrent de overgang wilsovereenstemming bereikten, heeft plaatsgevonden. De wilsovereenstemming moet, aldus **A**, vóór 18 april 2017 zijn bereikt. Dat blijkt uit de volgens haar door **B** op 28 maart 2017 georganiseerde personeelsbijeenkomst, en de door **B** op 12 april 2017 geplaatste advertentie ter gelegenheid van de heropening van de supermarkt in een plaatselijk weekblad. Subsidiair stelt **A** dat, als het moment waarop de exploitatie door de overnemende partij daadwerkelijk ter hand wordt genomen bepalend is voor het moment van de overgang, daarvan sprake is geweest ruim vóór de in de verkoopovereenkomst genoemde datum van 24 april 2017. De samenstelling van het personeel dat in de supermarkt van **B** werkzaam zal zijn, is een daad die slechts door de feitelijke exploitant van die supermarkt wordt verricht. **B** heeft de facto en ruim vóór 24 april 2017 het personeelsbeleid in de supermarkt bepaald. Kenmerkend daarvoor is dat **B**, en niet **C**, op 28 maart 2017 een personeelsbijeenkomst heeft georganiseerd. Een andere omstandigheid die erop wijst dat **B** de exploitatie van de supermarkt ten minste op 12 april 2017 reeds ter hand heeft genomen, is dat **B** op die datum in een plaatselijk weekblad heeft

---

geadvertiseerd. Derhalve heeft, aldus, A, de overgang vóór 18 april 2017, de datum waarop zij werd overgeplaatst naar het filiaal aan de plaatsgevonden. B en C hebben in de verkoopovereenkomst in detail vastgesteld welke werknemers na de overname in de supermarkt zouden mogen blijven werken en welke werknemers dienden te vertrekken vóór de beoogde overnamedatum. B en C hebben daarmee het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW willen omzeilen. Indien en voor zover reductie van het personeel na de overgang nodig was geweest, had dat aan de hand van het afspiegelingsbeginsel moeten gebeuren. Het selecteren van personeel dat mag blijven moet worden aangemerkt als een daad van beheer waaruit ook blijkt dat B de exploitatie van de supermarkt al had overgenomen en dus de overgang heeft plaatsgevonden vóór 18 april 2017. A maakte op dat moment deel uit van het personeelsbestand van de supermarkt en is derhalve mee overgegaan, aldus steeds A

3.5 Gelet op de grieven en de daarop gegeven toelichting ligt ter beoordeling voor of de overgang in weerwil van de daaraan ten grondslag liggende schriftelijke overeenkomst vóór 24 april 2017 heeft plaatsgevonden en zo ja, of A op het moment van de overgang deel uitmaakte van het personeelsbestand van de supermarkt.

3.6 De wet geeft geen definitie voor het (bepalen van het) tijdstip van de overgang. Ook Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 (hierna: de Richtlijn) geeft geen duidelijkheid over het tijdstip waarop de overgang plaatsvindt. In het arrest van het Hof van Justitie (hierna: HvJ EU) van 26 mei 2005, C-478/03 (Celtec) wordt overwogen dat het tijdstip van de overdracht als bedoeld in artikel 3 lid 1 van de Richtlijn ziet op het tijdstip waarop de hoedanigheid van ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder op de verkrijger overgaat. Aan de hand van een specifiek tijdstip van de overgangsverrichting, en niet op basis van de min of meer lange periode waarover die plaatsvindt, moet worden bepaald welke werknemers in aanmerking komen voor de bescherming van artikel 3 lid 1 van de Richtlijn, aldus het HvJ EU. Het moment waarop de feitelijke exploitatie door de verkrijger ter hand wordt genomen, en niet het moment waarop tussen de vervreemder en de verkrijger wilsovereenstemming over de overgang is bereikt, is derhalve bepalend.

3.7 In de onderhavige zaak is het tijdstip van de overgang van de supermarkt expliciet in de verkoopovereenkomst vastgelegd, te weten 24 april 2017 op de openingstijd. Bij gebreke van feiten en omstandigheden die ertoe nopen dat B de exploitatie van de supermarkt eerder dan die dag ter hand heeft genomen, moet worden geoordeeld dat B eerst op 24 april 2017 om 8.00 uur de supermarkt feitelijk is gaan exploiteren. De omstandigheden dat eerder een personeelsbijeenkomst ter informatie van de, toen, voorgenomen overgang is gehouden, dat B reeds op 12 april 2017 heeft geadverteerd en dat op 14 april 2017 reeds een gedeeltelijke aanpassing van de winkel aan de wensen van B heeft plaatsgevonden, zijn onvoldoende om te concluderen dat in weerwil van de desbetreffende bepaling in de verkoopovereenkomst en de daaraan gegeven uitvoering de exploitatie door B op een eerder tijdstip ter hand is genomen en derhalve de overgang van de onderneming op een eerder moment heeft plaatsgevonden. Derhalve falen de grieven I en II.

3.8 **A** is tegen de overplaatsing naar het filiaal aan de [ ] te niet in rechte opgekomen, althans niet in een bodemprocedure. Een vordering in kort geding die zij tegen **C** over de overplaatsing aanhangig had gemaakt, heeft zij ingetrokken. In rechte is derhalve niet komen vast te staan dat deze overplaatsing niet rechtsgeldig was. **A** heeft haar stelling dat **B** en **C** met deze overplaatsing hebben beoogd om het opzegverbod van 7:670 lid 8 BW te omzeilen, in deze procedure niet althans onvoldoende onderbouwd. Gezien het vorenstaande dient het ervoor te worden gehouden dat **A** op het moment van de overgang niet werkzaam was in de overgenomen onderneming, de supermarkt, als bedoeld in artikel 7:663 BW. Tussen **A** en **B** bestaat dan ook geen arbeidsovereenkomst. Derhalve faalt ook grief III.

3.9 Het bewijsaanbod van **A** dat toegespitst is op het tijdstip waarop tussen **B** en **C** wilsovereenstemming is bereikt omtrent de overname van de supermarkt is, gelet op hetgeen hiervoor onder 3.6 aan het slot is overwogen, niet ter zake dienend en wordt reeds daarom gepasseerd.

3.10 Nu de grieven falen, zal het vonnis waarvan beroep worden bekrachtigd. **A** zal als de in het ongelijk te stellen partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

#### 4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt **A** in de kosten van het geding in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van **B** begroot op € 726,- aan verschotten en € 1.074,- voor salaris en op € 157,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 82,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van dit arrest plaatsvindt;

verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. E.W. de Groot, M.L.D. Akkaya en F.J. Verbeek en door de rolraadsheer in het openbaar uitgesproken op 21 mei 2019.

mr. A.R. Sturhoofd

