

beschikking

RECHTBANK ZEELAND-WEST-BRABANT

Cluster I Civiele kantonzaken

Bergen op Zoom

zaaknummer: 9589909 AZ VERZ 21-55

beschikking in de voorlopige voorziening d.d. 8 februari 2022

inzake

████████████████████
wonnende te ██████████
verzoeker,
hierna te noemen: ██████████
gemachtigde: mr. M.C.J. Oonk-Pallandt,

tegen

1. de besloten vennootschap ██████████,
gevestigd te ██████████,
verweerster,
hierna te noemen: ██████████
2. de vennootschap ██████████,
gevestigd te ██████████,
verweerster,
hierna te noemen: ██████████
hierna gezamenlijk te noemen in vrouwelijk meervoud: verweersters,
gemachtigde: mr. A.G.M. Wilms.

1. Het verloop van het geding

1.1. Op 15 december 2021 is ter griffie het verzoekschrift van ██████████ tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst binnengekomen. Op 23 december 2021 heeft de gemachtigde van ██████████ een herziene versie van het verzoekschrift tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ingediend. Daarin is het oorspronkelijke verzoekschrift aangevuld met het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening als bedoeld in artikel 223 Rv. Op 17 januari 2022 is ter griffie een verweerschrift ontvangen van verweersters. Hierna heeft de gemachtigde van ██████████ op 20 januari 2022 aanvullende producties (genummerd 28 tot en met 32) in het geding gebracht. Op 21 januari 2022 heeft de gemachtigde van verweersters een aanvullende productie (productie 5) in het geding gebracht.

1.2. Op 25 januari 2022 heeft de mondelinge behandeling plaatsgevonden. De gemachtigden van partijen hebben hun standpunten nader toegelicht aan de hand van spreek aantekeningen. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen verder ter toelichting van hun standpunten naar voren hebben gebracht.

1.3. De kantonrechter heeft na het sluiten van de mondelinge behandeling de uitspraak in de voorlopige voorziening bepaald op 8 februari 2022.

1.4. Op 22 februari 2021 zal de beschikking in de hoofdzaak volgen. In de onderhavige beschikking zal, voor zover van belang voor de beslissing in de voorlopige voorziening, ten aanzien van een aantal geschilpunten in de hoofdzaak alvast een (bindende eind)beslissing worden gegeven.

2. De feiten

2.1. [REDACTED] is sinds 1 mei 2001 in dienst bij (de rechtsvoorganger van) [REDACTED] op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbetaalde tijd. Laatstelijk was hij werkzaam in de functie van Head Production, was hij tijdelijk verantwoordelijk voor Supply Chain en was hij lid van het management Team in [REDACTED]. Zijn salaris bedraagt € 5.260,89 bruto per maand exclusief 8% vakantietoeslag. Over de afgelopen drie jaar heeft hij een gemiddelde bonus ontvangen van € 3.566,67 bruto per jaar.

2.2. [REDACTED] en [REDACTED] zijn sinds 21 juni 2016 zustervennootschappen. [REDACTED] is houder van 100% van de aandelen van beide vennootschappen. Binnen het concern is besloten om de productieafdeling van [REDACTED] over te verhuizen naar de locatie in [REDACTED]. In dat kader hebben [REDACTED] en [REDACTED] op 29 oktober 2021 een Asset Purchase Agreement gesloten.

2.3. Op 20 september 2021 is aan [REDACTED] medegedeeld dat de productie wordt overgeplaatst naar [REDACTED] en Duitsland.

2.4. Op 21 september 2021 zijn de werknemers van [REDACTED] geïnformeerd over deze overgang. In de mail die aan de werknemers is gestuurd staat, onder meer, het volgende:

“Met deze mail bevestigen wij dat de onderneming zoals gedreven door [REDACTED] in [REDACTED] (behoudens de marketing en verkoop afdeling) met ingang van 1 januari 2022 zal overgaan naar [REDACTED] GmbH & Co. KG in [REDACTED] (Duitsland).

Deze overgang kwalificeert als een “Overgang van Onderneming” zoals bedoeld in EU Richtlijn 2001/23/EC (zijnde de Richtlijn Transfer of Undertaking Protection of Employment; kortweg TUPE genoemd). Als gevolg hiervan zullen alle rechten en verplichtingen verband houdend met uw arbeidsovereenkomst overgaan in het kader van de overgang van onderneming.

In uw situatie heeft de overgang van de onderneming tot gevolg dat uw werkplek verplaatst wordt naar het kantooradres van [REDACTED] GmbH & Co. KG, zijnde [REDACTED] (Duitsland). Het is voorzien dat de daadwerkelijke start van de werkzaamheden zal plaatsvinden op 3 januari 2022 om 8.00 uur in [REDACTED].

Het staat u vrij om bezwaar te maken tegen de overgang, maar alvorens dit te doen adviseren wij u hieromtrent advies in te winnen. Mocht u bezwaar maken, dan wijzen wij u er op dat wij dit bezwaar beschouwen als een kennisgeving dat u niet mee wenst over te gaan; uw arbeidsovereenkomst eindigt dan op de dag van de overgang (1 januari 2022). Voor de goede orde wijzen wij u er op dat de met u gesloten arbeidsovereenkomst alsdan niet zal worden beschouwd als zijnde beëindigd door [REDACTED]. U komt dientengevolge niet in

aanmerking voor een transitievergoeding.”

2.5. Op 22 september 2021 is een machine ontmanteld bij [REDACTED] en verscheept naar [REDACTED]

2.6. Op 30 september 2021 heeft [REDACTED] een mail gestuurd aan leveranciers en partners over de nieuwe productie. Hierin staat, onder meer, het volgende:

“We will expand and re-organize our production facility due to our company growth.

Therefore, we have invested into a new production facility for dry cosmetics in [REDACTED] Germany. All activities of [REDACTED] including production will be bundled and moved to [REDACTED] by latest 31.12.2021. Marketing and sales will remain in the Netherlands.

Thus, our entire production, purchasing and supply chain management will be handled in the future through our sister company [REDACTED] GmbH & Co. KG in [REDACTED] (...)

We are looking forward buying raw materials and components in the future from you through [REDACTED] GmbH & Co. KG.”

2.7. Op 5 oktober 2021 heeft de gemachtigde van [REDACTED] een brief gestuurd aan [REDACTED] Hierin staat, voor zover van belang, het volgende:

“De gevolgen van de door u voorgestane bedrijfsverplaatsing zijn voor cliënt ingrijpend. Gezien de reisafstand naar [REDACTED] (meer dan 450 km) en de daarmee gepaard gaande reistijd (minimaal 5 uur zonder files) is reizen van en naar de vestiging in Duitsland vanzelfsprekend geen optie. Cliënt is woonachtig in [REDACTED] en heeft (na zijn echtscheiding) in het kader van co-ouderschap om de week zelf de volledige zorg voor zijn kinderen, reden waarom alleen daarom al een verhuizing naar Duitsland voor hem geheel niet tot de mogelijkheden behoort.

(...)

Cliënt ziet de -nader uit te werken en daarmee niet limitatieve- contouren van een vertrek op basis van een vaststellingsovereenkomst als volgt, waarbij alle genoemde onderdelen in ieder geval als één en ondeelbaar moeten worden aangemerkt.

(...)

Graag hoor ik van u binnen één week na heden of wij op deze basis tot overeenstemming kunnen komen, waarna een en ander uiteraard in een vaststellingsovereenkomst dient te worden uitgewerkt. (...) Alle communicatie over deze kwestie dient nog enkel via ondergetekende te verlopen.”

2.8. Hierna is [REDACTED] meerdere keren door de heer [REDACTED] (hierna: [REDACTED] leidinggevende bij [REDACTED], op de werkvloer aangesproken over een te treffen beëindigingsregeling.

2.9. De gemachtigde van [REDACTED] heeft op 14 oktober 2021, onder andere, het volgende aan de gemachtigde van verweersters gemaïld:

“uiteraard staat het de heer [REDACTED] vrij een gesprek met cliënt aan te gaan, maar ter zake deze materie wenst cliënt dat gesprek enkel aan te gaan in mijn bijzijn, wat mij gezien de omstandigheden een gerechtvaardigde wens lijkt.”

2.10. Op 21 oktober 2021 heeft de gemachtigde van [REDACTED] aan de gemachtigde van verweersters, onder meer, het volgende gemaïld:

“Gelet op de waarde die uw cliënt stelt te hechten aan het nader overeenkomen van geheimhouding verbaast het dat de heer [REDACTED] mijn cliënt de afgelopen week al twee keer op de werkvloer heeft aangesproken, waarbij hij aangaf dat ‘off the record’ te doen, met concrete voorstellen over de modaliteiten van een beëindigingsregeling. Daar waar dezerzijds is verzocht alle communicatie via ondergetekende te laten lopen, vind ik het acteren van de heer [REDACTED] waarin hij heeft getracht reeds een reactie van cliënt op zijn voorstellen te ontlokken, weinig professioneel en in strijd met goed werkgeverschap, dat ter zijde.

(...)

Overigens vraag ik mij (inmiddels) af of een gesprek op dit moment veel toegevoegde waarde heeft: nu in mijn brief van 5 oktober 2021 concreet staat geformuleerd hoe in de visie van mijn cliënt de contouren van een beëindigingsregeling in der minne eruit zouden moeten zien en uw cliënten mijn cliënt heeft aangegeven inderdaad een aanbod voor een vaststellingsovereenkomst te willen doen, kan ik mij voorstellen dat het meer efficiënt is dat u dit aanbod formuleert in een mail aan ondergetekende en dat dezerzijds daarop gereageerd kan worden.”

2.11. Op zondag 24 oktober 2021 heeft [REDACTED] voor zover van belang, het volgende naar de werkmail van [REDACTED] gestuurd:

“You did not get back to me after our discussion. Just heard your lawyer contacted our lawyer with comments.

Listen:

You can personally get back to me by Tuesday, 26.10.2021 to finalize the discussed offer between the both of us.

From Wednesday on, I will be no longer involved in your exit-process since our lawyer will take over the entire process with [REDACTED]. Then, you will start negotiating from ZERO since my offer will no longer be available for you.

With me, you will lose your only proponent. Think about it. And get back to me, if you want. Alternatively, the lawyers will take it forward with usually more complexity and less financial output value.”

2.12. [REDACTED] en [REDACTED] hebben op 31 december 2021 een akte van levering getekend; [REDACTED] als de ‘Transferor’ en [REDACTED] als ‘Transferee’.

3. Het verzoek en verweer in de hoofdzaak

3.1. [REDACTED] heeft tijdens de mondelinge behandeling zijn verzoek gewijzigd (vermeerderd).

Deze wijziging is op schrift gesteld middels de ondertekende spreekantekeningen ("Pleitnota") van de gemachtigde van [REDACTED] Na wijziging van het verzoek, verzoekt [REDACTED] de kantonrechter:

- de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] of, indien de arbeidsovereenkomst per 1 januari 2022 is voortgezet tussen [REDACTED] en [REDACTED] de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] te ontbinden en het einde van de arbeidsovereenkomst primair te bepalen met inachtneming van de voor de werkgever geldende wettelijke opzegtermijn van vier maanden en subsidiair op 31 maart 2020 en meer subsidiair op het eerst mogelijke moment met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn van één maand voor [REDACTED]
- indien de wettelijke opzegtermijn van vier maanden niet wordt verdisconteerd in de termijn waarop de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] wordt ontbonden, [REDACTED] te veroordelen tot betaling van het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren;
- [REDACTED] en [REDACTED] hoofdelijk, althans de één en/of de ander, te veroordelen tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [REDACTED] te voldoen de wettelijke transitievergoeding van € 41.785,20 bruto;
- [REDACTED] en [REDACTED] hoofdelijk, althans de één en/of de ander, te veroordelen tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [REDACTED] te voldoen een billijke vergoeding althans schadevergoeding van € 75.000,00 bruto, vermeerderd met een vergoeding van € 10.000,00 ter zake de door [REDACTED] noodzakelijk gemaakte en te maken kosten van rechtsbijstand;
- [REDACTED] en [REDACTED] hoofdelijk, althans de één en/of de ander, te veroordelen in de proceskosten.

3.2. [REDACTED] voert hiertoe, samengevat, het volgende aan. Er is geen sprake van een overgang van onderneming. De productie binnen [REDACTED] is namelijk een arbeidsintensieve activiteit en er gaat bijna niemand van het personeel mee over naar [REDACTED]. Voor zover sprake is van een overgang van onderneming is de overgangdatum 31 maart 2022, aangezien er nog tot ten minste 31 maart 2022 werkzaamheden in [REDACTED] zijn en meerdere werknemers is verzocht tot 31 maart 2022 voor [REDACTED] te blijven werken. Pas op 31 maart 2022 zullen alle onderdelen van de productie feitelijk zijn afgerond. De overgang van onderneming, voor zover hier sprake van is, heeft een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van [REDACTED] tot gevolg vanwege de afstand tussen [REDACTED] en [REDACTED] – ruim 450 kilometer en een reistijd van ongeveer 5 uur enkele reis – de privé-situatie van [REDACTED] de verslechtering in arbeidsrechtelijke positie van [REDACTED] en het verlies aan promotiekansen. Bovendien hebben verweersters geen alternatieven geboden die wel aansluiten bij de situatie van [REDACTED] en ook is geen enkele vorm van reiskosten- of verhuisvergoeding of tijdcompensatie aangeboden. Hierom verzoekt [REDACTED] ontbinding van de arbeidsovereenkomst. Doordat inmiddels ook sprake is van een verstoorde arbeidsverhouding, wordt het ontbindingsverzoek tevens gegrond op artikel 7:671c lid 1 BW. Voor de opzegtermijn verzoekt [REDACTED] primair, aan te sluiten bij de wettelijke opzegtermijn van de werkgever, zijnde vier maanden, subsidiair, de arbeidsovereenkomst niet eerder te beëindigen dan op 31 maart 2022, en meer subsidiair, om rekening te houden met de wettelijke opzegtermijn van [REDACTED]. Voor het geval de opzegtermijn niet wordt verdisconteerd in de termijn waarop de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] wordt ontbonden, is [REDACTED] schadeplichtig voor het in geld vastgestelde loon over de termijn dat de arbeidsovereenkomst bij regelmatige opzegging had behoren voort te duren. [REDACTED] maakt vanwege de aanmerkelijke wijziging op grond van artikel 7:665 BW aanspraak op de transitievergoeding ten bedrage van € 41.785,20 bruto.

Daarbij is sprake van ernstig verwijtbaar handelen aan de zijde van verweersters, waardoor [REDACTED] aanspraak maakt op een billijke vergoeding van € 75.000,00 bruto. Het ernstig verwijtbaar handelen is tevens te kwalificeren als handelen in strijd met goed werkgeverschap en onderdelen daarvan zijn ook als onrechtmatig handelen aan te merken en daarmee eveneens grondslag voor de gevorderde schadevergoeding

3.3. Verweersters voeren hiertegen, samengevat, het volgende verweer. Er is sprake van een overgang van onderneming per 1 januari 2022, waarbij [REDACTED] de vervreemder is en [REDACTED] de verkrijger. De productiefaciliteit is per 1 januari 2022 ongewijzigd voortgezet door [REDACTED] en er is sprake van een overgang van een economische eenheid die haar identiteit behoudt.

[REDACTED] heeft in de brief van 5 oktober 2021 ondubbelzinnig geweigerd om bij [REDACTED] in dienst te treden en [REDACTED] heeft sedertdien hier telkenmale in volhard. [REDACTED] heeft nadat de schikkingsonderhandelingen op niets uitliepen een ontbindingsverzoek ingediend, wat het sluitstuk is van de ondubbelzinnige weigering. Gelet op deze ondubbelzinnige weigering is de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] van rechtswege geëindigd per 1 januari 2022. Hierom dient [REDACTED] in zijn verzoeken tegen [REDACTED] niet-ontvankelijk te worden verklaard. Ook in zijn verzoeken jegens [REDACTED] dient [REDACTED] niet-ontvankelijk te worden verklaard, aangezien er geen arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] tot stand is gekomen.

Er is geen sprake van een aanmerkelijke wijziging in de arbeidsvoorwaarden ten nadele van [REDACTED] nu hij iedere discussie over een eventuele verhuizing uit de weg is gegaan. [REDACTED] kan hierom zijn gerechtigdheid tot een transitievergoeding niet baseren op artikel 7:665 sub a BW. Artikel 7:665 sub a BW is bovendien niet van toepassing in deze situatie, nu de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] reeds van rechtswege geëindigd is als gevolg van de overgang en er geen beëindigingshandeling plaatsvindt. Als [REDACTED] wel aanspraak kan maken op een transitievergoeding, dan is dit in strijd met de redelijkheid en billijkheid aangezien [REDACTED] niet tijdig en proactief heeft gehandeld. Verweersters betwisten voorts dat zij ernstig verwijtbaar hebben gehandeld.

4. Het verzoek en verweer in de voorlopige voorziening

4.1. [REDACTED] verzoekt de kantonrechter, na wijziging van het verzoek gedurende de mondelinge behandeling, bij wijze van voorlopige voorziening:

- te bepalen dat [REDACTED] tot aan de ontbindingsdatum passende werkzaamheden voor [REDACTED] en/of [REDACTED] zal verrichten te [REDACTED] en/of vanuit huis, dan wel [REDACTED] tot de ontbindingsdatum vrij te stellen van het verrichten van werkzaamheden;
- [REDACTED] en/of [REDACTED] te veroordelen tot doorbetaling van loon (vanaf januari 2022) tot de datum waarop het dienstverband zal eindigen.

4.2. [REDACTED] stelt hiertoe het volgende. Hij heeft zich expliciet beschikbaar gehouden voor het verrichten van werkzaamheden ook na 1 januari 2022. Aangezien er nog tot 31 maart 2022 werkzaamheden kunnen worden verricht door [REDACTED] in [REDACTED] mag van [REDACTED] dan wel [REDACTED] worden gevergd dat zij [REDACTED] tot 31 maart 2022 werkzaamheden laat verrichten in [REDACTED]. Als verweersters zich op het standpunt stellen dat er onvoldoende passende werkzaamheden voor [REDACTED] voorhanden zijn, dan ligt een tijdelijke vrijstelling van werkzaamheden tot aan de ontbindingsdatum in de rede.

4.3. Verweersters stellen zich op het standpunt dat [REDACTED] niet-ontvankelijk dient te worden

verklaard als gevolg van de overgang van de productiefaciliteit van [REDACTED] naar [REDACTED] en de ondubbelzinnige weigering van [REDACTED] om in dienst te treden bij [REDACTED]. Vanwege deze ondubbelzinnige weigering is immers de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] geëindigd per 31 december 2021 en is er geen arbeidsovereenkomst ontstaan met [REDACTED]. Bovendien zijn er voor [REDACTED] geen (passende) werkzaamheden meer om te verrichten.

5. De beoordeling van de hoofdzaak

5.1. Tussen partijen is in geschil of sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW. Naar het oordeel van de kantonrechter is sprake van een overgang van onderneming tussen [REDACTED] en [REDACTED]. Verweersters hebben onweersproken gesteld dat de productieafdeling van [REDACTED] een economische eenheid is en dat tussen [REDACTED] en [REDACTED] op grond van een overeenkomst een activa-passiva transactie heeft plaatsgevonden. Vanwege deze transactie zijn de betreffende ondernemingsactiviteiten van [REDACTED], meer specifiek de productie van droge cosmetica, overgegaan op [REDACTED]. De kantonrechter is van oordeel dat dit een kapitaalintensieve activiteit betreft. De identiteit van de overgedragen onderneming, [REDACTED], is behouden. [REDACTED] is namelijk voortgegaan met het produceren van droge cosmetica, met overname van de essentiële materiële activa die daar voorheen door [REDACTED] voor werden gebruikt; [REDACTED] heeft onder andere alle machines en voorraden overgenomen. Bovendien is de gehele klantenkring door [REDACTED] overgenomen. Dat er niet of nauwelijks personeel is overgegaan, doet daar niet aan af. De conclusie is dan ook dat sprake is van een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW.

5.2. Ook het tijdstip van de overgang van onderneming is tussen partijen in geschil. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft geoordeeld dat het tijdstip van de overgang van onderneming samenvalt met het tijdstip waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de overgedragen economische eenheid exploiteert van de vervreemder op de verkrijger overgaat (HvJ EG 26 mei 2005, *JAR* 2005/205). Gelet op het tijdstip van de akte van levering tussen [REDACTED] en [REDACTED] 31 december 2021, en de brief aan de leveranciers en partners waarin vermeld staat dat de productie zal worden verplaatst naar [REDACTED] uiterlijk 31 december 2021, is de kantonrechter van oordeel dat per 31 december 2021 de economische eenheid van [REDACTED] op [REDACTED] is overgegaan. De datum van de overgang van onderneming is daarom, anders dan [REDACTED] betoogt, 31 december 2021.

5.3. Gelet op het oordeel dat sprake is van een overgang van onderneming per 31 december 2021, waarbij [REDACTED] de vervreemder is en [REDACTED] de verkrijger, dient te worden beoordeeld of er tussen [REDACTED] en [REDACTED] dan wel [REDACTED] na deze datum (nog) een arbeidsovereenkomst bestaat of dat [REDACTED] ondubbelzinnig heeft verklaard niet mee over te gaan naar [REDACTED] en daardoor ook de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] van rechtswege is geëindigd.

In dat kader heeft [REDACTED] verzocht een prejudiciële vraag voor te leggen aan de Hoge Raad, luidend als volgt: *“Heeft het entameren van een procedure ex artikel 7:665 BW te gelden als een ‘ondubbelzinnige verklaring van de wil van de werknemer zijn arbeidsovereenkomst niet met de verkrijger te willen voortzetten’? En heeft dat tot gevolg dat in een dergelijke situatie de werknemer door enkel het indienen van een verzoek ex artikel 7:665 BW per de datum van overgang onderneming zowel niet meer bij de vervreemder als bij de verkrijger in dienst is?”*

Verweersters zijn van mening dat dit verzoek zowel op formele als materiële gronden in strijd is met artikel 392 Rv en daarom dient te worden afgewezen. Niet alleen heeft de Hoge Raad reeds antwoord gegeven op deze vragen, maar ook is er geen sprake van een veelheid van zaken die gegrond zijn op dezelfde of soortgelijke feiten.

5.4. De kantonrechter passeert het verzoek om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Het is de kantonrechter niet gebleken dat is voldaan aan de vereisten van artikel 392 Rv en dat beantwoording van de vragen van belang is voor beslechting of beëindiging van talrijke andere uit soortgelijke feiten voortvloeiende geschillen, mede gelet op de reeds door de Hoge Raad gewezen uitspraken van 24 december 1993, *NJ* 1994, 419 en 26 mei 2000, *NJ* 2000, 566.

5.5. Ten aanzien van de relatie tussen [REDACTED] en [REDACTED] overweegt de kantonrechter als volgt. Wanneer zich een concreet geval voordoet van overgang van onderneming, dan kan een in die onderneming werkzame werknemer besluiten om de arbeidsverhouding niet met de nieuwe werkgever voort te zetten. Hiervoor is vereist dat de verklaringen of gedragingen van de werknemer ondubbelzinnig blijken van zijn wil daartoe (zie: Hoge Raad 24 december 1993, *NJ* 1994, 419 en Hoge Raad 26 mei 2000, *NJ* 2000, 566). De kantonrechter is van oordeel dat [REDACTED] ondubbelzinnig heeft gegeven van zijn wil om niet mee over te gaan naar [REDACTED]. In de mail van 5 oktober 2021 van zijn gemachtigde staat immers dat reizen van en naar de vestiging in Duitsland vanzelfsprekend geen optie is en een verhuizing naar Duitsland geheel niet tot de mogelijkheden behoort. In deze brief zijn vervolgens een aantal onderdelen opgesomd die als basis van een vaststellingsovereenkomst moeten dienen. Ook in de daaropvolgende mails van de (gemachtigde van) [REDACTED] wordt gesproken over een beëindiging van de arbeidsovereenkomst middels wederzijds goedvinden. Bovendien is, nadat de onderhandelingen over beëindiging waren gestand, een ontbindingsverzoek ingediend bij de kantonrechter. Dit alles getuigt ervan dat [REDACTED] niet in dienst wilde treden bij [REDACTED] en daarmee dat hij ondubbelzinnig heeft geweigerd om bij [REDACTED] in dienst te treden. [REDACTED] heeft nog aangevoerd dat hij wel in dienst wilde treden bij [REDACTED] maar bezwaar had tegen de locatie, maar ook in dat geval hadden verweersters de schriftelijke verklaring van [REDACTED] van 5 oktober 2021 naar het oordeel van de kantonrechter mogen opvatten als een duidelijke en ondubbelzinnig weigering om het dienstverband bij [REDACTED] voort te zetten (zie: Hoge Raad 26 mei 2000, *NJ* 2000, 566). De slotsom is dan ook dat, gelet op de mail van 5 oktober 2021 en het ontbindingsverzoek, één en ander in onderlinge samenhang bezien, [REDACTED] ondubbelzinnig heeft geweigerd om mee over te gaan naar [REDACTED]. Doordat aldus tussen [REDACTED] en [REDACTED] geen (arbeids)relatie heeft bestaan en is ontstaan, zal [REDACTED] niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn verzoeken jegens [REDACTED].

5.6. Ten aanzien van [REDACTED] heeft het volgende te gelden. Nu [REDACTED] ondubbelzinnig heeft geweigerd in dienst te treden bij [REDACTED] is de arbeidsovereenkomst met [REDACTED] ook van rechtswege geëindigd op het tijdstip van de overgang (zie: Hoge Raad 7 oktober 1988, *NJ* 1989, 240). Uit deze uitspraak volgt dat de werknemer ofwel van rechtswege mee overgaat ofwel niet mee overgaat naar de verkrijger en de arbeidsovereenkomst eindigt met de vervreemder. De werknemer kan niet kiezen om bij de vervreemder in dienst te blijven als sprake is van een overgang van onderneming en hij ondubbelzinnig heeft geweigerd bij de verkrijger in dienst te treden. Ook de bescherming van Richtlijn 2001/23/EG gaat niet zo ver dat aan de werknemer de keuze wordt gelaten om al dan niet bij de vervreemder in dienst te blijven. Dit laat onverlet dat [REDACTED] en [REDACTED] overeen zouden kunnen komen dat hij toch in dienst blijft dan wel opnieuw in dienst

komt bij [REDACTED] vanaf 1 januari 2022. [REDACTED] heeft aangevoerd dat hij nog in dienst is bij [REDACTED] en heeft in dat kader een aantal mails overgelegd en screenshots waaruit blijkt dat hij is gebeld door een werknemer van [REDACTED] en dat zijn verlofsaldo in 2022 is aangevuld. Deze omstandigheden zijn – mede in het licht van het verweer van [REDACTED] dat [REDACTED] heeft geweigerd de bedrijfseigendommen waaronder de telefoon en laptop in te leveren – onvoldoende om aan te nemen dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst (stilzwijgend) is overeengekomen. Doordat verweersters nog niet alle medewerkers binnen hun organisatie op de hoogte hebben gebracht van het einde van [REDACTED] dienstverband hebben enkelen van hen na 31 december 2021 nog contact met [REDACTED] opgenomen via diens zakelijke e-mailadres c.q. telefoonnummer, maar gesteld noch gebleken is dat dit personen betrof die de bevoegdheid hebben om te beslissen over (voortzetting van) het dienstverband van [REDACTED]. Bovendien volgt uit het aantal en de inhoud van de betreffende e-mails niet dat er door [REDACTED] na 31 december 2021 nog werkzaamheden aan [REDACTED] zijn opgedragen. De conclusie is dan ook dat per 31 december 2021 de arbeidsovereenkomst tussen [REDACTED] en [REDACTED] van rechtswege is geëindigd. Ook de omstandigheid dat dit nog niet is verwerkt in het digitale werknemersloket maakt dit niet anders. Hierom zal het ontbindingsverzoek van [REDACTED] jegens [REDACTED] te worden afgewezen.

5.7. De kantonrechter houdt iedere verdere beslissing in de hoofdzaak aan.

6. De beoordeling in de voorlopige voorziening

6.1. Op grond van artikel 223 Rv kan tijdens een aanhangig geding worden gevorderd dat de rechter een voorlopige voorziening treft voor de duur van het geding, indien deze vordering samenhangt met de hoofdvordering. Artikel 223 Rv is van overeenkomstige toepassing op een verzoekschriftprocedure als hier aan de orde (zie: Hoge Raad 5 december 2014, ECLI:NL:HR: 2014:3533). Niet in geschil is dat het verzoek van [REDACTED] samenhangt met de hoofdvordering.

6.2. Voor toewijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening is vereist dat de aan het verzoek ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden voldoende aannemelijk zijn en dat het ook in voldoende mate waarschijnlijk is dat het verzoek in de hoofdzaak zal worden toegewezen. Ook is voor toewijzing van het verzoek om een voorlopige voorziening vereist dat [REDACTED] een spoedeisend belang heeft. De kantonrechter oordeelt dat sprake is van een spoedeisend belang nu partijen twisten over de vraag of [REDACTED] (nog) in dienst is bij [REDACTED] dan wel [REDACTED] en of [REDACTED] werkzaamheden dient te verrichten.

6.3. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen in de hoofdzaak, staat vast dat [REDACTED] na 31 december 2021 niet (meer) in dienst is van [REDACTED] of [REDACTED]. Hierom kan [REDACTED] noch jegens [REDACTED] noch jegens [REDACTED] aanspraak maken op tewerkstelling dan wel vrijstelling van werk en doorbetaling van loon. De verzoeken in de voorlopige voorziening worden daarom afgewezen.

6.4. [REDACTED] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de voorlopige voorziening worden veroordeeld in de proceskosten in de voorlopige voorziening, aan de zijde van verweersters tot op heden begroot op € 498,00.

7. De beslissing

De kantonrechter:

in de voorlopige voorziening:

wijst de verzochte voorlopige voorzieningen af;

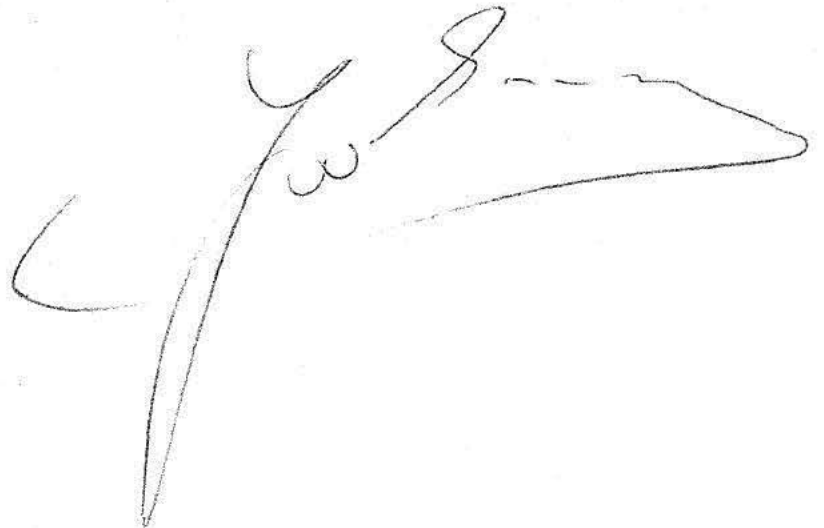
veroordeelt ██████ in de proceskosten in het incident, aan de zijde van verweersters begroot op € 498,00;

in de hoofdzaak:

houdt iedere beslissing aan.

Deze beschikking is gegeven door mr. J.W. Ponds, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken door mr. J.A.J. van den Boom op 8 februari 2022.
(CPMO)

De Boer



"VOOR EENSLUIDEND AFSCHRIFT"
De griffier van de rechtbank Zeeland-West-Brabant



- 8 FEB. 2022