

LJN: BO3317, Sector kanton Rechtbank Breda , 623301 vv 10-132

Datum uitspraak: 04-11-2010

Datum publicatie: 09-11-2010

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Kort geding

Inhoudsindicatie: Geen sprake van overgang van onderneming nu de contractswisseling niet is gepaard gegaan met overname van personeel dan wel van structureel aanwezige activa.

Uitspraak

RECHTBANK BREDA

Team kanton Tilburg

zaak/rolnr.: 623301 VV EXPL 10-132

vonnis in kort geding d.d. 4 november 2010

inzake

1. de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging met volledige rechtsbevoegdheid FNV Bondgenoten, statutair gevestigd te Amsterdam en kantoorhoudende te Utrecht;
2. de rechtspersoonlijkheid bezittende vereniging met volledige rechtsbevoegdheid CNV Vakmensen, gevestigd en kantoorhoudende te Utrecht;
3. Elisabeth Cornelia Maria Bolder, wonende te Terheijden;
4. Leonardus Antonia Maria Biemans, wonende te Rijen;
5. Ana Dingemans-Costa, wonende te Breda;
6. Claris van Gael-Delsard, wonende te Turnhout (België);
7. Georgios Pappas, wonende te Breda;
8. Gerardus Matheus Wilhelmus Severijns, wonende te Rijen;
9. Antonia Petronella Maria Soeters-van der Kaa, wonende te Oosterhout;
10. Manfred Thaler, wonende te Breda;
11. Gerard Lodewijk Verkoeijen, wonende te Geertruidenberg;
eisers bij exploit van dagvaarding van 5 oktober 2010,
gemachtigde: mr. R.A. Severijn, advocaat te Utrecht

tegen

de besloten vennootschap Panalpina World Transport B.V., gevestigd te Eindhoven,
gedaagde voor voormeld exploit,
gemachtigde: mr. J.B. Kloosterman, advocaat te Rotterdam.

1. Het verloop van het geding

1.1 De procesgang blijkt uit de volgende stukken:

- de dagvaarding van 5 oktober 2010;
- de brieven d.dis.18 oktober 2010 van mr. Severijn en mr. Kloosterman voornoemd;
- de pleitaantekeningen van die gemachtigden;
- de aantekeningen van de griffier met betrekking tot het verhandelde ter zitting van 20 oktober 2010.

1.2 De inhoud van deze stukken, met inbegrip van de daarbij overgelegde producties, kan als hier overgenomen en ingelast worden beschouwd.

2. Het geschil en de voorlopige beoordeling daarvan

2.1 Opmerking verdient allereerst dat met instemming van partijen de zaak gelijktijdig is behandeld met die onder rolnummer 624812 VV EXPL 10-139. Daarin is door een aantal andere eisers (Algoe c.s.) een gelijksoortige vordering tegen gedaagde aanhangig gemaakt en is op heden eveneens uitspraak gedaan.

2.2 Op grond van de niet weersproken stellingen van betrokken partijen alsook de

overgelegde en niet weersproken producties kan in rechte van het navolgende worden uitgegaan:

- Bosch Security Systems B.V. (hierna te noemen BST) is onderdeel van het Boschconcern en houdt zich bezig met het fabriceren en wereldwijd verhandelen van beveiligingsproducten zoals communicatiemiddelen, brandmelders, inbraakpreventiestystemen, persoonlijke alarmsystemen in de zorg en wat dies meer zij. Zij heeft op verschillende continenten het logistieke proces daarvan georganiseerd in een drietal zogenaamde Continental Distribution Centers (CDC's) waar de goederen van de fabrieken en de leveranciers worden verzameld om vervolgens naar de klant te worden verstuurd. Het geheel in dit (wereldwijde)logistieke proces wordt beheerd door BST. Daarbinnen stuurt BST leveranciers aan op onderscheiden gebieden zoals onderdelen, goederenproductie en logistieke diensten. Bij de uitvoering van dit laatste maakt BST gebruik van een aantal Third Party Logistic Providers (3PL's). Die leveren op hun beurt allerlei logistieke diensten op het gebied van transport en/of warehousehandling. Zowel Panalpina als DHL zijn belangrijke spelers op deze markt.
- Op 28 september 2007 heeft Bosch met de rechtsvoorganger van DHL een overeenkomst gesloten waarbij, kort gezegd, de fysieke logistieke werkzaamheden (handling), voor zover betrekking hebbend op opslag (warehousing) dus niet het transport en de distributie, ten behoeve van de afzetmarkten in Europa, het Midden-Oosten en Afrika aan DHL worden uitbesteed en wel voor een periode van tenminste drie jaren.
- Die warehousing vond plaats aan de Athenastraat te Tilburg. Het pand werd gehuurd door DHL en zij deed de exploitatie van dat warehouse. In casu is sprake van geweest van "dedicated warehousing", wat betekent dat het magazijn en de werkzaamheden geheel in dienst stonden van BST. In het warehouse heeft DHL ongeveer 36 werknemers te werk gesteld. Ten behoeve van haar CDC huurde BST in de nabijheid van dat warehouse zelf eigen bedrijfsruimte, waarin een 22-tal van haar eigen medewerkers evenals een flexibel aantal uitzendkrachten werkzaam waren.
- Uit de overgelegde beschrijving van de werkzaamheden in het warehouse van DHL blijkt dat de nadruk van de werkzaamheden van haar medewerkers ligt op zogenaamde Inbound en Outbound. Meer concreet, het verwerken van douanedocumenten nadat inkleding door BST medewerkers heeft plaatsgevonden, het uitladen van goederen, het controleren daarvan op aantal, schade en artikelnummer, het inscannen van die goederen en het plaatsen in stellingen, het scannen van de barcode van die locatie, het verzamelen van goederen voor transport na ontvangst van een desbetreffende order, het verpakken ervan met verpakkingsmateriaal van BST en het inladen in een vrachtwagen. Bij dit alles wordt gebruik gemaakt van het softwaresysteem van BST, genaamd Manhattan, welk systeem het gehele (wereldwijde) CDC-proces inclusief warehousing bestrijkt en stuurt.
- De werkzaamheden van de BST medewerkers in het CDC, zijn niet gericht op strikte warehousing en vinden niet alleen plaats op de eigen locatie, maar deels ook in de vestigingen van BST te Breda dan wel Eindhoven en in de door DHL gehuurde bedrijfsruimte.
- Hun taak bestaat uit het onderhouden van de klantencontacten en het verrichten van specifieke werkzaamheden aan of met betrekking tot de BST producten zoals op de VAS afdeling (waar Boschmedewerkers artikelen aanpassen aan de specifieke eisen van de klant) alsmede kitting (combineren van verschillende artikelen tot één artikel). In grote lijnen kunnen deze werkzaamheden worden geduid als hoger gekwalificeerd dan de werkzaamheden in het warehouse van DHL.
- BST heeft de hiervoor genoemde overeenkomst met DHL op 4 november 2009 opgezegd tegen 30 september 2010. Begin maart 2010 heeft BST vervolgens middels een zogenaamde Request for Quotation (RFQ) een tender uitgeschreven voor het - na afloop van het contract met DHL - verzorgen van de opslag van haar goederen voor de eerdergenoemde afzetmarktgebieden. Gedaagde, hierna te noemen Panalpina, heeft op 28 april 2010 het contract met BST met betrekking tot de (door haar iets anders opgezette) warehouse activiteiten verworven. Met het oog daarop heeft zij op een andere plaats in Tilburg zelfstandige (opslag-)ruimte gehuurd waar zij onder eigen regie en bedrijfsvoering de warehousingactiviteit uitoefent. Afscheiden daarvan huurt BST daar eveneens zelfstandig een deel van die bedrijfsruimte. De 22 in dienst van BST zijnde medewerkers zijn meeverhuist en overigens bij BST in dienst gebleven. Hun werkzaamheden zijn in grote lijnen hetzelfde gebleven.
- De bij DHL opgeslagen goederen van BST (200 tot 250 vrachtwagenladingen) zijn, voor zover niet ondertussen al doorgeleverd aan klanten, in de loop van de tijd overgebracht naar het pand van Panalpina. Sinds 15 oktober 2010 staat de door DHL gehuurde loods leeg (en weer te huur) en zijn haar warehouse-activiteiten geëindigd.
- Panalpina heeft de werknemers van DHL niet in dienst genomen/willen nemen. Overleg met de vakbonden heeft niet tot een oplossing geleid. Feitelijk is er voor de DHL werknemers op de locatie geen werk meer, sinds 15 oktober 2010 zitten zij thuis. Het loon over de maand oktober 2010 wordt nog wel door DHL betaald.

2.3 De in de dagvaarding d.d. 5 oktober 2010 genoemde vakbonden (hierna te noemen FNV en CNV) en met hen de daarin genoemde werknemers van DHL, eisers sub 3 tot en met 11, stellen zich op het standpunt dat er sprake is van een overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW zodat alle binnen het CDC werkzame DHL-werknemers per 15 oktober 2010 van

rechtswege in dienst van Panalpina zijn getreden.

2.4 Volgens eisers is aan alle vereisten, als geformuleerd en (in de loop der tijd) geconcretiseerd in EG Richtlijn 2001/23/EG, in de wet en in de jurisprudentie, voldaan. Zo is het CDC aan te merken als een onderdeel van een onderneming nu sprake is van een duurzaam georganiseerde economische entiteit; een geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling wordt uitgevoerd. Aan het in de wet genoemde vereiste dat de overdracht krachtens overeenkomst moet geschieden is, voor zover daaraan nog zelfstandige betekenis mocht toekomen, eveneens voldaan. Duidelijk is voorts, aldus eisers, dat de onderneming na overgang naar Panalpina haar identiteit heeft behouden aangezien de aard van de onderneming niet is gewijzigd en de exploitatie feitelijk wordt voortgezet. In verband met dit alles hebben eisers er nog op gewezen dat:

- de activiteiten van Panalpina gelijk blijven aan die welke door DHL werden verricht, namelijk dedicated warehousing met dezelfde producten van BST in een magazijn dat - zij het op een andere locatie - in dienst staat van BST;
- Panalpina eveneens gebruik blijft maken van het softwaresysteem "Manhattan" van BST zodat het hele systeem van ontvangst, verwerking, opslag en verzenden van goederen hetzelfde blijft;
- er sprake is van dezelfde klantenkring;
- alle goederen zijn overgebracht naar het pand van Panalpina terwijl tijdens de verhuisoperatie de warehousingactiviteiten door DHL en Panalpina, samen met BST zijn uitgevoerd aan de hand van het "Manhattan"-softwaresysteem;
- de gunning van de werkzaamheden aan Panalpina erop duidt dat Panalpina voldoet aan dezelfde eisen die BST ten aanzien van DHL hanteerde, de door de heer Jongmans van Panalpina geschetste bedrijfsvoering niet veel afwijkt van de bedrijfsvoering van DHL en de kernactiviteit dezelfde is gebleven;
- de BST-medewerkers die onlosmakelijk met de CDC-opdracht zijn verbonden, mee zijn overgegaan naar de andere werkplek, evenals de tot voor kort bij DHL in dienst zijnde warehousemanager en twee uitzendkrachten;
- Panalpina stelling- en archiefkasten heeft overgenomen en ook een reclamebord is meeverhuisd.

De exploitatie van de onderneming (de drie-eenheid: personeel van BST, het softwaresysteem "Manhattan" en het distributiecentrumpersoneel van DHL) is zodoende ononderbroken door Panalpina voortgezet en bij vergelijking van de onderneming vóór en na de overdracht is de identiteit van de onderneming volledig behouden gebleven. Voor overgang van een onderneming is bovendien de overdracht van de eigendom van activa niet vereist, voldoende is dat Panalpina als opvolgend dienstverlener de beschikking krijgt over een aantal belangrijke activa, zo voeren eisers ten slotte aan.

2.5 FNV en CNV vorderen daarom bij wege van voorlopige voorziening Panalpina te veroordelen tot tewerkstelling van de op het CDC werkzame DHL-werknemers per 15 oktober 2010 althans per datum overgang van onderneming, onder verbeurte van een dwangsom van € 25.000,- voor elke dag dat Panalpina dit na betekening van het vonnis nalaat. Voorts vorderen zij Panalpina te veroordelen tot betaling van het loon aan voormelde werknemers vanaf laatstgenoemde datum althans vanaf de datum van overgang van de onderneming en wel ter hoogte van het loon zoals ze dat laatstelijk bij DHL ontvingen, te vermeerderen met 8 % vakantietoeslag en al hetgeen waarop zij krachtens de cao en/of de wet recht verkrijgen, eveneens op verbeurte van een dwangsom van € 25.000,- per dag voor elke dag dat Panalpina dit na betekening van het vonnis nalaat. De eisers sub 3 tot en met 11 vorderen hetzelfde, zij het met maximering van de dwangsom tot € 5.000,- per dag.

2.6 De eisers vorderen daarnaast Panalpina te veroordelen tot betaling van € 1.500,- ter zake buitengerechtelijke incassokosten alsook betaling van de wettelijke rente over de gevorderde loonbetalingen en wel vanaf de dag dat die bedragen zijn verschuldigd tot aan de datum van de algehele voldoening. Ten slotte vorderen zij Panalpina te veroordelen in de proceskosten.

2.7 Panalpina heeft de vordering bestreden en heeft geconcludeerd, samengevat, eisers niet ontvankelijk te verklaren in hun vordering althans deze af te wijzen. Daartoe betoogt zij naast de hierna in 2.9 e.v. te bespreken formelere aspecten en weren in essentie dat eisers, waar het betreft de feitelijke situatie, uitgaan van verkeerde veronderstellingen. Het CDC is een onderdeel van BST en de warehouse-activiteiten die voorheen DHL verrichtte en thans Panalpina uitvoert vormen daarvan een (te onderscheiden en afgescheiden) onderdeel. Het CDC als onderneming gaat niet over, personeel is niet overgenomen, activa zijn evenmin overgegaan. Daarmee is niet voldaan aan de aan overgang van een onderneming te stellen criteria, aldus Panalpina, tevens verwijzend naar een door haar overgelegde legal opinion van mr. R.M. Beltzer.

Ingaand op het over en weer gestelde oordeelt de kantonrechter als volgt.

2.8 Evident is dat FNV en CNV en zeker de eisers sub 3 tot en met 11 een spoedeisend belang hebben bij hun vordering. Nu de warehouse-activiteiten feitelijk zijn geëindigd en DHL heeft aangekondigd de loonbetaling (op korte termijn) te zullen staken dreigt voor de laatstgenoemden immers verlies van werk en vooral van inkomen. Bovendien kan niet worden ontkend dat zij belang hebben bij het door middel van een rechterlijk oordeel verkrijgen van (voorlopige) duidelijkheid over hun rechtspositie. Aangezien FNV en CNV worden geacht op te komen voor hun leden geldt voor hen in feite hetzelfde. Overigens heeft Panalpina het spoedeisend belang in deze ook niet betwist.

2.9 Als meest verstrekkend verweer heeft Panalpina aangevoerd dat FNV en CNV in hun vorderingen niet-ontvankelijk dienen te worden verklaard omdat zij niet stellen dat zij optreden voor hun leden in deze procedure, uit de enkel door het FNV overgelegde statuten niet kan worden opgemaakt dat FNV het tot haar doel rekent in rechte op te treden voor anderen dan haar leden en FNV evenmin heeft gesteld of aangetoond vaker te hebben opgetreden voor belangen van anderen dan haar leden zodat haar geen actie uit artikel 3.305a lid 1 BW toekomt. Dit verweer moet worden verworpen. Naar het oordeel van de kantonrechter is uit de door het FNV overgelegde statuten (uit artikel 1 daarvan blijkt dat het gaat om de statuten van de als eisende partij optredende FNV Bondgenoten), meer speciaal artikel 6 aanhef en sub h en i, genoegzaam duidelijk dat FNV bevoegd is (in rechte) op te treden namens zowel leden als niet-leden. Onder punt i staat immers als een van de middelen om het doel te bereiken vermeld: "het zo nodig zelfstandig voeren van gerechtelijke procedures ter bescherming van de belangen van leden op groepen daarvan, dan wel ter bescherming van de belangen van werknemers of groep van werknemers in het algemeen." Door in de dagvaarding te verwijzen naar deze statuten heeft FNV genoegzaam aan haar stelplicht voldaan. Overigens was de gemachtigde van Panalpina ook al bij brief van 28 september 2010 door mr. Severijn op de bevoegdheid van het FNV gewezen.

2.10 Hoewel Panalpina terecht heeft opgemerkt dat de statuten van CNV niet zijn overgelegd zodat toetsing van haar bevoegdheid niet kan plaatsvinden acht de kantonrechter voorshands aannemelijk dat die statuten een soortgelijke bepaling zullen bevatten. De aangeboden toezending kan daarom achterwege blijven. In zijn oordeel weegt overigens mee dat Panalpina voorafgaand aan deze procedure FNV en CNV steeds als gesprekspartner heeft geaccepteerd. Tegen die achtergrond verzetten beginselen van behoorlijke procesvoering zich ertegen dat daarvan thans in rechte afstand wordt genomen.

2.11 Panalpina heeft voorts aangevoerd dat FNV en CNV niet ontvankelijk zijn in hun vordering omdat zij onvoldoende hebben getracht het gevorderde door het voeren van overleg te bereiken. Daarmee doelt Panalpina kennelijk op het vereiste genoemd in artikel 3:305 lid 2 BW. Nu aan dat vereiste echter wél is voldaan, slaagt dat verweer niet. Vast staat immers dat er, in aansluiting op het schrijven van FNV van 5 juli 2010 gesprekken tussen de bonden en Panalpina hebben plaatsgevonden op 27 augustus 2010, 31 augustus 2010 en 13 september 2010 om te bezien of en zo ja in hoeverre een overeenstemming kon worden bereikt. Op deze laatste bijeenkomst is een vervolgspraak gemaakt voor 23 september 2010 die kennelijk niet is doorgegaan omdat, kort gezegd, het door Panalpina in het laatste gesprek ervaren positieve karakter niet door de bonden werd gedeeld dan wel omdat er geen acceptatie bestond over een eindbod met betrekking tot het mogelijk in dienst nemen van (een aantal) personeelsleden van DHL. De omstandigheid dat de onderhandelingen niet tot een voor beide partijen bevredigend resultaat hebben geleid en daarom zijn afgebroken wil echter niet zeggen dat de vakbonden onvoldoende hebben getracht het gevorderde door overleg te bereiken of niet de intentie daartoe zouden hebben gehad.

2.12 Verder heeft Panalpina er op gewezen dat niet zeker is of de eisers sub 3 tot en met 11 wel een dienstverband hebben met DHL (op de betreffende locatie). Zij heeft tevens nog aangevoerd dat zich met de gang van zaken moeilijk verdraagt dat ook niet-leden van FNV en CNV zich een vonnis zouden moeten laten aanleunen/welgevalen. Ten slotte heeft Panalpina gesteld dat bij toewijzing van de vordering tot tewerkstelling in kort geding een constitutieve uitspraak zou worden gedaan, omdat zo in feite het bestaan van een dienstverband zou worden vastgesteld.

2.13 Genoemde tegenwerpingen kan de kantonrechter evenmin onderschrijven. Wat het eerste betreft is de betwisting dat de eisers sub 3 tot en met 11 een dienstverband hebben met DHL onvoldoende gemotiveerd, zeker in het licht van de bij dagvaarding gegeven concretisering daarvan. Daaraan kan niet afdoen dat er ten behoeve van het instellen van de onderhavige vorderingen aanvankelijk verschillende lijsten met werknemers bestonden. Aannemelijk is immers dat voor de vakbonden niet meteen en in volle omvang duidelijk was dat en zo ja ten behoeve van wie zij nog meer konden optreden dan degenen die in eerste instantie door hen werden genoemd. Overigens is het zo dat de door Panalpina als gemis ervaren gegevens over dienstverband, functie en salaris, bij (zo nodig geclausuleerde) toewijzing van de vorderingen op eenvoudige wijze zouden kunnen worden verkregen.

Het tweede onderdeel, de onderstelde binding van niet-leden aan een uitspraak miskent de kern van het bepaalde in artikel 3:305a BW. Voor zover Panalpina duidt op het risico van "bemoeizucht" jegens "andere" belanghebbenden biedt het bepaalde in lid 5 daartegen afdoende verweer. Ook het laatste onderdeel gaat niet op. Toewijzing van een vordering tot tewerkstelling houdt niet in de vaststelling van het (voort-)bestaan van een arbeidsovereenkomst dan wel van het van rechtswege zijn overgegaan van die arbeidsovereenkomst, hoogstens dat het vooralsnog aannemelijk wordt geoordeeld dat in een bodemprocedure tot een dergelijke vaststelling zal worden gekomen en dat, daarop vooruitlopend, tewerkstelling (alvast) in de rede ligt.

2.14 Een en ander leidt tot de conclusie dat, met verwerping van de hiervoor aangevoerde verweren FNV, CNV en de overige eisers in hun vordering kunnen worden ontvangen.

2.15 In dit kort geding dient te worden beoordeeld of de vordering van eisers in een bodemprocedure een zodanige kans van slagen heeft dat het gerechtvaardigd is op de toewijzing daarvan vooruit te lopen door het treffen van de voorzieningen als gevorderd. In zoverre behelst de beslissing in deze zaak dan ook niet meer dan een voorlopig oordeel over het geschil tussen partijen. Met in acht nemen daarvan is inzet van het debat tussen partijen in wezen de vraag of sprake is van overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7: 662 e.v. BW. Volgens lid 2 van deze bepaling houdt, voor zover hier van belang, overgang in de overgang ten gevolge van een overeenkomst van een economische eenheid die haar identiteit behoudt en wordt onder economische eenheid verstaan het geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit.

2.18 Dat een contractswisseling (onder omstandigheden!) zou kunnen worden beschouwd als een overgang ten gevolge van een overeenkomst in de zin van voormelde bepaling is tussen partijen terecht niet in geschil. Voldoende is immers dat de overgang plaats vindt in het kader van contractuele betrekkingen, zelfs in indirecte vorm (vgl. HvJ EG, 11 maart 1997, JAR 1997,91 (Suzen)) en daarvan is ongetwijfeld sprake.

2.19 Nu het CDC een onderdeel is van BST, ingesteld voor het (wereldwijd) beheer van haar zogenaamde Supply Chain, ligt niet voor de hand dat het materieel gezien een (ondergeschikt) onderdeel vormt van de warehouse activiteit van eerst DHL en thans Panalpina. Veeleer is het omgekeerde het geval. BST beheert immers, gebruikmakend van haar eigen softwareprogramma Manhattan, als leidende onderneming de goederenstroom en de werkprocessen rondom de eigen producten, waarbinnen de fysieke handling in de vorm van opslag, een (uitbestede) deelactiviteit is. Het voorgaande neemt niet weg dat de warehouse activiteit die DHL uitoefende, zowel afzonderlijk gezien als in onderling verband en samenhang met het CDC beschouwd zou kunnen worden aangemerkt als een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend, en mitsdien als een "onderneming" welke voor overgang vatbaar is.

2.20 Voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang van onderneming is, zo blijkt uit de rechtspraak van het HvJ EG, uiteindelijk cruciaal of de identiteit van de onderneming is behouden als verwoord in artikel 7:662 lid 2 aanhef en sub a BW. Die vraag dient van geval tot geval te worden beoordeeld. Van identiteitsbehoud is sprake indien de exploitatie in feite wordt voortgezet of na een korte periode wordt hervat. De rechter dient bij de beoordeling of daarvan sprake is te letten op de omstandigheden die kenmerkend zijn voor de overgang, te weten de aard van de betrokken onderneming, of de materiële activa al dan niet worden overgedragen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht en of vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer al dan niet wordt overgenomen. Daarnaast is van belang of de klantenkring al dan niet wordt overgenomen, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen en, ten slotte, de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Deze factoren, die voortvloeien uit het door voormeld Hof gewezen arrest Spijkers (HvJ EG 18 maart 1986, NJ 1987,502) zijn slechts deelaspecten en mogen niet afzonderlijk worden beoordeeld, maar moeten een globaal beeld opleveren dat antwoord geeft op de vraag of sprake is van overgang van onderneming.

2.21 Uit de jurisprudentie van het Hof volgt verder dat de aard van de onderneming niet los kan worden gezien van de vraag of deze kapitaal- dan wel arbeidsintensief is (vgl. HvJ EG, 25 januari 2001, JAR 2001, 68 (Oy Liikenne)). Van belang is ten slotte, voor wat betreft de arbeidsintensieve sector, dat de identiteit van de onderneming alleen behouden blijft indien een qua aantal en deskundigheid wezenlijk gedeelte van de werknemers wordt overgenomen (vgl. HvJ EG, 24 januari 2002, JAR 2002, 47 (Temco)).

2.22 Met in acht nemen van het voorgaande kan het CDC c.q. de warehouse activiteit die DHL en Panalpina uitoefenen worden geduid als arbeidsintensief. Daarvan uitgaande en tegen de achtergrond van de in de jurisprudentie ontwikkelde maatstaven als hiervoor genoemd is de kantonrechter van oordeel dat in casu niet aan de vereisten voor overgang van een onderneming, in die zin dat de identiteit behouden is gebleven, is voldaan. Personeel is immers in het geheel niet overgegaan. Voor zover al zou gelden dat het kapitaalintensieve element overheersend is geldt vanuit die gezichtshoek beschouwd hetzelfde en kan dat de eisers dus evenmin baten.

Bij dit alles neemt de kantonrechter mede in aanmerking dat:

- a) de huurovereenkomst niet is overgenomen en evenmin sprake is van in de plaats stelling;
- b) de warehouse activiteit van DHL niet op de locatie van deze wordt voortgezet, maar geschiedt vanuit door Panalpina zelf ergens anders gehuurde bedrijfsruimte,
- c) geen personeel van DHL is overgenomen; de (voormalige) warehousemanager van DHL weliswaar bij Panalpina in dienst is getreden maar in een andere functie en op een geheel andere werkplek; de twee uitzendkrachten waarvan eisers gewag maken niet in dienst zijn van DHL noch in dienst zijn getreden bij Panalpina;
- d) de positie van het personeel van DHL geen kenbare factor is geweest voor Panalpina ten tijde van het inschrijven op de tender dan wel op het moment dat het contract aan haar werd gegund;
- e) de exploitatie van het warehouse geheel in eigen beheer wordt uitgevoerd;
- f) gebruik wordt gemaakt van zelf aangeschafte inventaris zoals magazijnstellingen en overig meubilair;
- g) van overname van relevante materiele activa niet of amper sprake is en voor zover het tegendeel wordt gesteld dat niet of onvoldoende is onderbouwd;
- h) de verplaatsing van de in het magazijn (nog aanwezige) voorraad, indien ondertussen al niet verbruikt, slechts tijdelijk is geweest en bovendien geen rol speelt nu die voorraad geen eigendom is van DHL of Panalpina maar van BST en derhalve geen deel uitmaakt van hun onderneming;
- i) het CDC opereert onder de paraplu en leiding van BST; DHL noch Panalpina daarover zeggenschap hebben; aansturing van die (BST-) medewerkers niet geschiedt door DHL dan wel Panalpina;
- j) de (22) medewerkers van BST, als onderdeel van dat (naar een andere locatie verplaatste) CDC niet zijn of worden overgenomen door Panalpina; een dergelijke overgang ook in het geheel niet de bedoeling is of is beoogd;
- k) deze medewerkers bovendien uitdrukkelijk in dienst blijven van BST zodat dit geen argument kan vormen om te spreken van overgang; het werkgeverschap wijzigt immers niet;
- l) Panalpina niet, laat staan zelfstandig, de beschikking krijgt over bedrijfsmiddelen van BST, waarmee de onderneming wordt voortgezet; zij evenmin de regie voert over die bedrijfsmiddelen;
- m) het door haar eveneens te gebruiken systeem Manhattan in redelijkheid niet als zodanig kan worden geduid, zodat van overdracht (in betekenende mate) van immateriële activa evenmin sprake is;
- n) niet aannemelijk is geworden dat Panalpina dan wel BST heeft beoogd te komen tot een constructie gericht op het omzeilen van de belangen en rechten van werknemers bij overgang van een onderneming;
- o) van een overdracht van de klantenkring evenmin kan worden gesproken nu de warehouse activiteiten enkel werden verricht in opdracht van BST en de producten niet werden verzonden naar eigen klanten van DHL maar naar klanten van BST in eerdergenoemde marktgebieden.

2.23 Zodoende blijft over de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen. Nu daarvan inderdaad sprake is achten eisers die omstandigheid mede bepalend voor hun conclusie dat sprake is van een overgang van onderneming. Naar het oordeel van de kantonrechter ten onrechte. De betekenis van het element "zelfde activiteit", in een geval als het onderhavige, waarin de verkrijger (Panalpina), vóórdat deze contracteerde met BST, al dezelfde of vergelijkbare activiteiten verrichtte, moet immers op nihil worden gesteld (vgl. H.R.10 december 2004, JAR 2005,13 Verbeek/Process House).

2.24 Vorenstaande brengt de kantonrechter tot de conclusie dat aannemelijk is dat de bodemrechter op basis van de thans bekende feiten en omstandigheden tot het oordeel zal komen dat onvoldoende gronden bestaan om in dit geval van contractswisseling een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW aanwezig te achten. De kantonrechter heeft bij dit alles niet uit het oog verloren het door eisers gedane beroep op het Abler/Sodexho-arrest (HvJ EG 20 november 2003, JAR 2003,298) en op andere uitspraken. Dat beroep kan eisers niet baten omdat, anders dan de in die uitspraken op (kapitaalintensieve) catering toegesneden gevallen, hier niet gesproken kan worden van een wisseling van gebruiker van structureel aanwezige activa. In redelijkheid kan niet worden aanvaard dat de BST medewerkers als zodanig zijn aan te merken en dat sprake is van overgang louter omdat DHL voorheen en Panalpina in het kader van de exploitatie van het warehouse met hen

samenwerkt. Nu zij niet overgaan kan daaraan niet langs een omweg een argument worden ontleend dat de daar werkzame DHL medewerkers, waaronder eisers sub 3 tot en met 11 wél overgaan. Een andere uitleg zou leiden tot de ongerijmdheid dat in strijd met de bedoeling vervolgens de BST-medewerkers ook zouden overgaan.

2.25 De slotsom van dit alles moet daarom zijn dat de vorderingen dienen te worden afgewezen. Derhalve wordt beslist als volgt. Als de in het ongelijk gestelde partij dienen eisers daarbij te worden verwezen in de kosten van het geding aan de zijde van Panalpina gevallen.

3. De beslissing bij wege van voorlopige voorziening

De kantonrechter:

wijst de vorderingen af;

verwijst de eisers in de kosten van dit geding en veroordeelt hen tot betaling van die kosten aan de zijde van Panalpina gevallen en tot op heden begroot op € 300,-- ter zake het salaris van de gemachtigde van deze.

Dit vonnis is gewezen door mr. H.L.L. Poeth, kantonrechter, en in het openbaar uitgesproken op woensdag 4 november 2010, in tegenwoordigheid van de griffier.
