

# arrest

---

## GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.166.170

(zaaknummer rechtbank Gelderland, zittingsplaats Nijmegen, 3771218)

### arrest van de derde kamer van 9 februari 2016

in het geding van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Handelsonderneming Sjaak Arns B.V.**,

gevestigd te Elst,

appellante,

hierna: Arns,

advocaat: mr. A. Robustella,

tegen

1. **Claudia Gunther**,

2. **Marco Jansen**,

3. **Annemiek Sonderen-Hartemink**,

allen wonende te Elst,

geïntimeerden,

hierna: Gunther c.s.,

advocaat: mr. W.H.B.M. Litjens,

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Demarol Retail Nederland B.V.**,

gevestigd te Harderwijk,

gevoegde partij,

hierna: Demarol,

advocaat: mr. F.W. Aartsen.

### 1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

1.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenarrest van 26 mei 2015 in het incident ex artikel 217 Rv,
- de memorie van antwoord van Gunther c.s.,
- de memorie van antwoord van Demarol.
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities.
- partijen hebben na beraad arrest gevraagd.

1.2 Het hof heeft arrest bepaald.

## **2. De vaststaande feiten**

2.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de navolgende feiten.

2.2 Arns is eigenaar van het tankstation de Lange Dreef te Elst (hierna: het tankstation). Arns heeft het tankstation in 1998 verhuurd aan BP. BP heeft het tankstation onderverhuurd aan Demarol, die de exploitatie onder de naam Gulf ter hand heeft genomen.

2.3 Gunther c.s. zijn in dienst bij (de rechtsvoorgangers van) Demarol. Gunther is vanaf 1 augustus 1999 in dienst, laatstelijk als bedrijfsleider tegen een salaris van € 1.465,31 bruto per maand op basis van 24 uur per week. Jansen is vanaf 15 juli 2000 in dienst, laatstelijk als verkoopmedewerker fulltime tegen een salaris van € 1.811,98 bruto per maand. Sonderen is vanaf 1 augustus 2000 in dienst, laatstelijk als verkoopmedewerker tegen een salaris van € 1.098,65 bruto per maand op basis van 24 uur per week.

2.4 BP heeft de huurovereenkomst met Arns bij brief van 6 december 2013 tegen 1 januari 2015 opgezegd. De opzegging is door Arns aanvaard. De onderhuurovereenkomst tussen BP en Demarol is per gelijke datum beëindigd. De oplevering van het gehuurde heeft plaatsgevonden waarbij door Demarol alle corporate identity kenmerken van Gulf van het tankstation zijn verwijderd. Demarol heeft voorts de voorraden meegenomen.

2.5 Bij brief van 22 oktober 2014 heeft Arns Gunther c.s. onder meer meegedeeld dat zij en haar collega's na 31 december 2014 niet bij Arns in dienst kunnen treden.

2.6 Bij brief van 8 december 2014 heeft Demarol de werknemers onder meer meegedeeld dat de exploitatie van het tankstation is overgedragen aan Arns en hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:662 BW van rechtswege overgaan naar Arns.

2.7 Vanaf 8 januari 2015 exploiteert Arns het tankstation zelf, na een overeenkomst te hebben gesloten met Shell.

## **3. De motivering van de beslissing**

3.1 Het hof neemt de inhoud van het tussenarrest van 26 mei 2015 hier over. Demarol is daarbij toegelaten als gevoegde partij.

3.2 De essentie van het onderhavige geschil is of de exploitatie van een tankstation door Arns, nadat Demarol de exploitatie van een tankstation ter plaatse had gestaakt, gekwalificeerd dient te worden als overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23 EG en artikel 7:662 BW.

3.3 Gunther c.s. als werknemers en Demarol als oorspronkelijke exploitant hebben gesteld dat dat zo is, Arns heeft dat betwist.

3.4 Bij het bestreden vonnis heeft de kantonrechter in kort geding de bovenstaande vraag positief beantwoord en de vorderingen van Gunther c.s. strekkende tot, kort gezegd,

loondoorbetaling c.a. vanaf januari 2015 tot aan de dag waarop de arbeidsovereenkomsten rechtsgeldig zullen zijn geëindigd, tegen Arns toegewezen en de vorderingen tegen Demarol afgewezen. De kantonrechter heeft daarbij overwogen dat voor overgang van onderneming is vereist dat sprake is van een onderneming in de zin van een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Verder is vereist dat de identiteit van de onderneming na de overdracht bewaard moet zijn gebleven. Naar het voorlopig oordeel van de kantonrechter is bij de overdracht van het tankstation aan deze beide vereisten voldaan. De kantonrechter heeft geoordeeld dat sprake is geweest van een overgang van onderneming, als gevolg waarvan de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten van Gunther c.s. op Arns zijn overgegaan en Gunther c.s. bij Arns in dienst zijn. Arns is daarmee gehouden tot doorbetaling van loon c.a. Tegen dit oordeel richt zich het hoger beroep van Arns. Demarol heeft zich aan de zijde van Gunther c.s. gevoegd in het hoger beroep. De vordering tegen Demarol is door de kantonrechter afgewezen. Tegen dit oordeel is geen hoger beroep ingesteld.

#### *Spoedeisend belang*

3.5 Het hof stelt voorop dat bij beantwoording van de vraag of een in kort geding verlangde voorziening, hetzij na toewijzing, hetzij na weigering daarvan, in hoger beroep voor toewijzing in aanmerking komt, zo nodig ambtshalve, mede dient te worden beoordeeld of de eisende partij ten tijde van het arrest van het hof bij die voorziening een spoedeisend belang heeft. In dit geval gaat het om de vordering tot loondoorbetaling. Uit de aard van die vordering volgt dat Gunther c.s. daarbij een spoedeisend belang hebben, ook in hoger beroep.

3.6 Bij gelegenheid van de pleidooien in hoger beroep hebben Gunther c.s. aangevoerd dat de arbeidsovereenkomsten met Jansen en Sonderen na verkregen UWV-vergunning tegen 1 oktober 2015 zijn beëindigd en dat de arbeidsovereenkomst met Gunther middels een vaststellingsovereenkomst per 1 februari 2016 is beëindigd, wat met zich zou brengen dat Arns geen spoedeisend belang zou hebben bij haar hoger beroep. Gunther c.s. miskennen evenwel dat de vraag naar het spoedeisend belang uitsluitend van betekenis is voor de oorspronkelijke eisende partij, zijnde Gunther c.s. Arns heeft op haar beurt belang bij het hoger beroep nu zij in eerste aanleg in het ongelijk is gesteld en veroordeeld is tot doorbetaling van salarissen. Dat deze arbeidsovereenkomsten inmiddels tot een einde (zijn ge-)komen, doet daaraan niet af.

3.7 Bij de beantwoording van de vraag of de door Gunther c.s. gevorderde voorlopige voorzieningen, strekkende kort gezegd tot loondoorbetaling, ook in hoger beroep voor toewijzing in aanmerking komen, gaat het erom of met een redelijke mate van zekerheid verwacht mag worden dat gelijklopende vorderingen in een bodemprocedure zullen worden toegewezen.

#### *Feiten*

3.8 Bij de beoordeling van de eerste grief, die ziet op de door de kantonrechter vastgestelde feiten, heeft Arns geen belang nu het hof hiervoor de feiten opnieuw heeft vastgesteld.

*Overgang onderneming*

3.9 Met de grieven II en III komt Arns op tegen het oordeel van de kantonrechter dat sprake is van overgang van onderneming en dientengevolge Gunther c.s. van rechtswege bij Arns in dienst zijn getreden.

3.10 Het voorgaande brengt mee dat het hof dient te beoordelen of de kantonrechter de door Gunther c.s. gevorderde voorlopige voorzieningen tegen Arns terecht heeft toegewezen. Daarbij gaat het om de vraag of aannemelijk is dat de bodemrechter zal oordelen dat sprake is (geweest) van een overgang van onderneming (van Demarol naar Arns).

3.11 Bij de beantwoording van de hiervoor vermelde vraag wordt, met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830 en de daarin vermelde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU), het volgende vooropgesteld. Ingevolge artikel 7:663 BW gaan door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van die overgang voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger. Voor zover hier van belang moet voor de toepassing van de artikelen 7:662-666 BW onder overgang worden verstaan 'de overgang, ten gevolge van een overeenkomst (...) van een economische eenheid die haar identiteit behoudt', terwijl onder economische eenheid moet worden verstaan 'een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit' (artikel 7:662 lid 2, aanhef en onder a en b, BW). De artikelen 7:662-666 BW strekken ter uitvoering van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Pb 1977, L 61/26). De nadien vastgestelde richtlijn 98/50/EG, het ter uitvoering van die richtlijn vastgestelde nieuwe lid 2 van artikel 7:662 BW en de nadien vastgestelde richtlijn 2001/23/EG (Pb 2001, L 82/16), hierna: de Richtlijn, beogen niet inhoudelijk af te wijken van de voordien geldende regels. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU heeft de Richtlijn tot doel ook bij verandering van ondernemer de continuïteit te waarborgen van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen (zie bijvoorbeeld HvJEU 18 maart 1986, 24/85, ECLI:NL:XX:1986:AC8669, (Spijkers), punt 11). In een reeks van arresten heeft HvJ beoordeeld dat, gelet op het doel van de Richtlijn (bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming), voorkomen dient te worden dat de grenzen van bescherming te nauw worden getrokken.

3.12 In haar toelichting op grief II heeft Arns verschillende argumenten aangevoerd waaruit volgens haar volgt dat Gunther c.s. niet krachtens overgang van de onderneming bij haar in dienst zijn gekomen.

*Overeenkomst.*

3.13 Voor zover Arns haar verweer dat sprake is van overgang van onderneming baseert op een ontbreken van een overeenkomst tussen haar en Demarol stelt het hof het volgende voorop. Teneinde het doel van de Richtlijn (bescherming van de werknemers bij overdracht van hun onderneming) tot zijn recht te doen komen, moet het begrip overdracht krachtens overeenkomst in artikel 1 lid 1 Richtlijn (vgl. artikel 7:662 lid 2, aanhef en onder a, BW)

ruim worden uitgelegd (HvJEU 19 mei 1992, ECLI:NL:XX:1992:AD1667, Redmond). In het arrest inzake Merckx/Ford (HvJEU 7 maart 1996, ECLI:NL:XX:1996:AB9707) oordeelde het HvJEU reeds dat rechtstreekse contractuele betrekkingen tussen vervreemder en verkrijger niet zijn vereist. Hiermee strookt dat het ontbreken van een contractuele band tussen een vervreemder en een verkrijger of tussen twee ondernemers aan wie achtereenvolgens werkzaamheden zijn opgedragen, niet van doorslaggevend belang is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van een onderneming in de zin van de Richtlijn (zie bijvoorbeeld HvJEU 11 maart 1997, ECLI:NL:XX:1997:AG1499, Süzen), HvJEU 24 januari 2002, ECLI:NL:XX:2002:AG7800, Temco).

3.14 Tussen partijen staat vast dat een rechtstreekse overeenkomst tussen Arns en Demarol ontbreekt. Arns ziet met haar verweer evenwel over het hoofd dat een overgang ook in twee fasen kan geschieden, bijvoorbeeld door beëindiging van een huurovereenkomst of een concessie, waarna de verhuurder of opdrachtgever de overeenkomst aan een andere partij gunt (HvJEU 17 december 1987, ECLI:NL:XX:1987:AD0105Ny, Mølle Kro, 10 februari 1989 ECLI:NL:XX:1988:AC1290, Daddy's Dance Hall) en het hiervoor genoemde Merck/Ford. Tussen partijen staat immers vast dat BP de huurovereenkomst met Arns heeft opgezegd, welke opzegging door Arns uitdrukkelijk is aanvaard. De onderhuurovereenkomst tussen BP en Demarol is per gelijke datum beëindigd, naar het hof begrijpt als gevolg van het beëindigen van de hoofdhurovereenkomst. Nu de voormelde beëindiging van de huur slechts in het kader van een contractuele verhouding kan geschieden en voorts vaststaat dat Arns daarna zelf in het voormalig verhuurde de exploitatie van een tankstation ter hand heeft genomen, is sprake van een overgang als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 aanhef en sub a BW. Het hof ziet geen aanleiding anders te oordelen in de situatie dat niet een derde maar Arns als eigenaar van de onroerende zaak, zelf de exploitatie op zich neemt, zoals hier het geval is. De stelling van Arns dat de door Demarol voor aanvang van de exploitatie van haar bedrijfsactiviteiten op de locatie aanvaarde verplichting tot het staken van haar bedrijfsactiviteiten op de locatie - gevolgd door het ontdoen van die locatie van de typische Gulf zaken, zoals reclame, identificatiemateriaal, brandstofpompen, kassa-apparatuur en voorraad - een einde maakt aan de keten van contractuele betrekkingen zodat van overgang van onderneming geen sprake is, moet daarom worden verworpen.

#### *Economische eenheid.*

3.15 Voorts bestrijdt Arns dat sprake is van een economische eenheid als bedoeld in artikel 7:662 BW. Het hof stelt bij de beoordeling van dit verweer het navolgende voorop. Het begrip "onderneming" wordt door het HvJEU ruim uitgelegd: het moet gaan om een duurzaam georganiseerde economische entiteit (eenheid) waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt (HvJEU 19 september 1995, ECLI:NL:XX:1995:AD2389, Rygaard), dus een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Onder het begrip "entiteit" wordt verstaan een georganiseerd geheel van personen en elementen waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend (HvJEU 11 maart 1997, ECLI:NL:XX:1997:AG1499, Süzen). Een economische entiteit kan echter niet worden gereduceerd tot de activiteit waarmee zij is belast. Haar identiteit moet ook uit andere factoren blijken, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering of, in voorkomend geval, de productiemiddelen.

3.16 Het hof is met de kantonrechter van oordeel dat de activiteit in kwestie is de exploitatie van een tankstation met wasstraat. Daarmee is in beginsel onmiskenbaar sprake van een onderneming als hier bedoeld, immers van een duurzaam georganiseerde economische eenheid, waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend en waarvan de activiteit niet tot de uitvoering van een bepaald werk is beperkt. Er is sprake van een vaste personeelsbezetting met een duidelijke taakverdeling die gebruik maakt van de voor de beoogde activiteit bedoelde productiemiddelen.

3.17 Arns heeft evenwel aangevoerd dat de opgeleverde staat, na het einde van de huurovereenkomst, niet is te kwalificeren als een georganiseerd geheel van personen en elementen, waarmee een economische activiteit een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend. Demarol had immers, zo voert zij aan, alle haar in eigendom toebehorende zaken, zoals de bovengrondse tankinstallaties, Gulfreclamezuil, computer en telefoon aansluitingen voor kassasysteem en pinautomaat alsmede voorraden en de toebehorende zaken verwijderd, de telefoonaansluiting beëindigd en het alarm- en camerasysteem buiten werking gesteld. Verder is de volledige Gulf corporate identity van de door Demarol geëxploiteerde onderneming verwijderd. Zonder tankinstallaties is niet sprake van een tankstation, aldus Arns. Het aanbrengen van de bovengrondse Shell tankinstallaties en alle overige kenmerken van Shell alsmede de vervanging van de washalvoorziening en het aanbrengen van een kassysteem/pinautomaat vergde voorts een investering van bijna 4 ton, aldus nog steeds Arns.

3.18 Het hof overweegt als volgt. Tussen partijen staat vast dat sprake was van een tankstation. De verwijdering van de genoemde zaken heeft daarin geen doorslaggevende wijziging gebracht. Immers, het gaat om een onroerende zaak die specifiek is ingericht voor de exploitatie van een tankstation waarbij de in het oog springende elementen zijn de ondergrondse tankinstallaties, het shopgebouw, de washal en de inrichting van het terrein bestaande uit pompeiland met luifel. Tussen partijen is niet in geschil dat deze relevante zaken intact zijn gebleven. Daarmee is de functionele band tussen deze productiefactoren gehandhaafd terwijl Arns de mogelijkheid had om deze productiefactoren te gebruiken om een gelijke economische activiteit voort te zetten. Dat het weer geschikt maken van het object voor de exploitatie van het tankstation een zodanige investering vergde dat na het vertrek van Demarol niet langer van een tankstation kon worden gesproken, is onvoldoende aannemelijk geworden. Het door Arns genoemde bedrag van € 400.000,- aan investeringen ziet immers niet uitsluitend op de aanpassingen die nodig waren om het tankstation wederom in werking te krijgen maar hebben ook in betekenende mate betrekking hebben op renovatie van de washal en de aanschaf van de corporate identity van Shell, zoals Gunther c.s. - onvoldoende weersproken door Arns - hebben aangevoerd en ook steun vindt in de door Arns zelf bij conclusie van eis als productie 5 overgelegde facturen. Dit betekent dat met relatief beperkte aanpassingen het onroerend goed wederom geschikt gemaakt kon worden om te worden geëxploiteerd als tankstation. Dat daarbij de corporate identity van andere leverancier/oliemaatschappij is gebruikt is voor het ondernemingsbegrip niet van doorslaggevende betekenis. Mede gelet op het feit dat het tankstation slechts een week gesloten is geweest, zijn klaarblijkelijk de aanpassingen relatief beperkt gebleven. Of de identiteit als tankstation later is behouden, waaronder de vraag hoe is omgegaan met het bij Demarol in dienst zijnde personeel, zal hierna worden beoordeeld.

*Behoud van identiteit.*

3.17 Voorts heeft Arns met grief II bestreden dat sprake is van het behouden van de identiteit van de economische eenheid (de onderneming). Zij voert daartoe aan dat de benadering van de kantonrechter: "Het was en is een tankstation." onjuist is omdat Demarol de corporate identity van Gulf heeft verwijderd, waaruit volgt dat van behoud van identiteit geen sprake is. Zij verwijst naar het arrest van de HR 10 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3296: indien de transactie plaatsvindt binnen dezelfde sector dient het belang van de factor "de mate waarin de activiteiten voor en na de overdracht met elkaar overeenkomen" op nihil te worden gesteld. Voorts wijst zij erop dat tussen Demarol en Arns geen contact of overleg over overname van materiële of immateriële activa heeft plaatsgevonden, dat Arns de klantenkring van Demarol niet kent en zij haar klantenkring heeft behouden, dat Arns een aanmerkelijk investering in de door haar opgestarte onderneming heeft gedaan en dat uit het vonnis niet blijkt dat de kantonrechter de zogenoemde Spijkers criteria heeft toegepast. Subsidiair beroept zij zich met grief III erop dat de overgang van onderneming niet plaatsvindt per 1 januari maar per 8 januari 2015.

3.16 Zoals de Hoge Raad onlangs nog overwoog (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830) volgt uit de rechtspraak van het HvJEU dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang als hier bedoeld, beslissend is of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft. Met het oog daarop dient te worden onderzocht of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen. In dit verband moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Daarbij verdient opmerking dat al deze factoren slechts deelaspecten zijn van het te verrichten onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld (zie het hiervoor reeds aangehaalde arrest Spijkers, punten 11-13).

*Spijkers criteria.*

3.17 Het hof overweegt als volgt. Tussen partijen staat vast dat Demarol ter plaatse tot 1 januari 2015 een Gulf tankstation met washal exploiteerde en dat Arns sedert 8 januari 2015 aldaar een Shellstation met washal exploiteert. Daaruit volgt dat de aard van de onderneming ongewijzigd is gebleven. Aan Arns kan worden toegegeven dat de corporate identity, die mede van belang kan zijn voor de aantrekkingskracht en de winstgevendheid van een tankstation en daarmee mede bepalend kan zijn vanuit marketingtechnisch of economisch oogpunt, is gewijzigd maar dit betekent niet, althans niet zonder nadere toelichting die ontbreekt, dat ook de identiteit van de onderneming - in juridische zin - is gewijzigd. Immers, de kernactiviteiten van een tankstation met washal/-straat zijn het verkopen van brandstoffen en het (doen) wassen van auto's. Daarin is geen wijziging opgetreden. Anders dan Arns heeft aangevoerd, wordt de onderneming aldus niet gereduceerd tot een activiteit waarmee zij is belast in de zin zoals door het HvJEU is overwogen, zulks tegen de achtergrond van het doel van de Richtlijn, namelijk de bescherming van de werknemers bij

overdracht van hun onderneming. Gesteld noch gebleken is dat de wijziging van de corporate identity op zichzelf gevolgen heeft voor (de behoefte aan) het personeel.

3.18 Het hof is voorts van oordeel dat door de heroplevering conform de huurovereenkomst aan en de start van het tankstation door Arns voorts sprake is van het voortgezet gebruik en daarmee van overgang van de relevante materiële activa. Tussen partijen staat vast dat de ondergrondse tanks, het shopgebouw en de washal wederom in gebruik zijn genomen. Dat de washal is gerenoveerd of gemoderniseerd doet aan het uitgangspunt op zichzelf niet af. Aan Arns kan worden toegegeven dat zij ten behoeve van de opening van het Shellstation bepaalde voorzieningen heeft moeten aanbrengen, waaronder in het bijzonder de nieuwe bovengrondse pompinstallaties, maar niet gebleken is dat deze voorzieningen zodanig zijn dat de bestaande voorzieningen (ondergrondse tanks, shop en was al) daaraan ongeschikt zijn te achten. Ook heeft Arns aldus investeringen verricht maar een voldoende inzicht in aard en omvang, meer in het bijzonder het onderscheid tussen aanleg van ontbrekende voorzieningen en vervanging van bestaande voorzieningen alsmede welke voorzieningen noodzakelijk waren om te kunnen voorzien in de door Shell gestelde eisen, ontbreekt, zodat het hof daaraan geen grote betekenis kan toekennen.

3.19 Dat de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van overdracht door het verdwijnen van het Gulf tankstation en het openen van het Shell tankstation is gewijzigd is in dit kort geding onvoldoende gebleken. De goodwill ziet met name op het klantenbestand. Weliswaar heeft een overeengekomen overdracht van het klantenbestand niet plaatsgevonden maar de klantenkring bestaat voornamelijk uit de passanten die dagelijks langs het tankstation rijden en daarmee dus op Arns zijn overgegaan, zo hebben Gunther c.s. onvoldoende weersproken door Arns gesteld. Weliswaar heeft Arns aangevoerd dat Demarol vooruitlopend op beëindiging van haar bedrijfsactiviteiten op de locatie gepoogd heeft haar klantenkring actief te bewegen over te stappen naar het door haar nieuw geëxploiteerde tankstation aan de Nieuwe Aamsestraat 32a te Elst, maar in dit kort geding is gelet op de gemotiveerde betwisting door Gunther c.s. niet aannemelijk geworden dat dit geleid heeft tot een grote wijziging van de klantenkring van het oorspronkelijke tankstation. Arns heeft geen concrete gegevens in het geding gebracht waaruit een verloop van of wijziging in het klantenbestand van Arns of Demarol kan worden afgeleid.

3.20 Partijen verschillen van mening omtrent het aantal personeelsleden dat in dienst is getreden van Arns. Gunther c.s. hebben ook in eerste aanleg aangevoerd dat een drietal personeelsleden van Demarol bij Arns te werk zijn gesteld terwijl Arns zich op het standpunt heeft gesteld dat slechts een personeelslid, te weten Bosch, betreft. In het kader van een kort geding als het onderhavige, waarbij bewijslevering in beginsel niet aan de orde is, kan de exacte omvang van het overgenomen personeelsbestand niet worden vastgesteld. Arns heeft evenwel bij gelegenheid van de pleidooien de stelling van Gunther c.s. van de memorie van antwoord op pagina 8 dat twee andere personeelsleden, te weten Potjes en Nijenhuis, wiens tijdelijke contracten afliepen op 31 december 2014, bij Arts in dienst zijn getreden, niet gemotiveerd weersproken. Daarnaast hebben Gunther c.s. onweersproken aangevoerd dat Gunther, de voormalig manager, en Sonderen door Arns zijn benaderd om bij haar in dienst te treden maar dat Arns dan wel Sonderen daarvan later hebben afgezien. Het hof leidt hieruit af dat Arns beoogde aldus een voor het tankstation, waar een zevental personen werkzaam was, relevante deel van de personeelsleden over te nemen.

3.21 Het hof is van oordeel dat er een grote mate van overeenstemming van activiteiten is. Om met de kantonrechter te spreken, het was en is een tankstation. Aan Arns kan worden



toegegeven dat het eerst een Gulfstation was en nu een Shellstation, hetgeen niet zonder betekenis is maar dit verschil is naar het oordeel van het hof niet doorslaggevend. Arns heeft zich nog beroepen op het verschil in assortiment (verschillende brandstoffen), prijzen en uitstraling A-merk Shell en B/C-merk Gulf, maar dit kan haar niet baten. Zoals hiervoor reeds is overwogen kan dit vooral in marketingtechnisch opzicht verschil maken, maar daarmee is niet aannemelijk gemaakt dat sprake is van een andere identiteit in de zin van artikel 7:662, lid 2 aanhef en sub a BW. Het hof overweegt in dit verband nog dat bij een tankstation de levering van brandstoffen geacht wordt voorop te staan en de shop met de daarbij te verkopen artikelen en horeca activiteiten daaraan dienstbaar moet worden geacht. Gelet op de aard van de activiteit, het leveren van brandstoffen, ligt daarmee ook de nadruk op het kapitaalsintensieve karakter van de onderneming. Immers, de aanwezigheid van relatief kostbare en grotendeels ondergrondse tankinstallaties met daarboven een tankeiland met luifel en een shop alsmede in dit geval een wasstraat zijn noodzakelijk voor het exploiteren van de onderneming, terwijl het geheel van productiemiddelen naar wettelijke eisen van onder meer veiligheid moet zijn ingericht en over een locatie gebonden vergunning dient te beschikken. De inbreng van personeel is beperkt tot het afrekenen van brandstoffen, verkochte artikelen en horecavoorzieningen. Daarmee is dit laatste dienstbaar aan de hoofdactiviteit. Tot slot acht het hof het van belang dat de onderbreking van de openstelling van het tankstation slechts een week heeft geduurd.

3.22 Het hof is - het geheel overziende - van oordeel dat sprake is van identiteitsbehoud. Deze blijkt met name uit het daadwerkelijk voortzetten dan wel hervatten van dezelfde of soortgelijke activiteiten door de nieuwe ondernemer, gelijk volgt uit het Welkoop arrest (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830). Het hof betreft bij dit oordeel dat Arns zelf in publieksuitingen de indruk heeft gewekt dat de onderneming slechts tijdelijk gesloten zou zijn en daarna weer voor het publiek geopend zou worden.

3.23 Het hof is daarom met de kantonrechter van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat sprake is van overgang van onderneming, zodat de vorderingen van de werknemers toewijsbaar zijn. Het hof verenigt zich in dat verband met hetgeen de kantonrechter in de rechtsoverwegingen 3.4 en 3.5 van het bestreden vonnis heeft overwogen. Grief II faalt hiermee en tevens deels grief III. Voor zover met grief III nog is aangevoerd dat de overgang van onderneming niet per 1 januari 2015 maar per 8 januari 2015 zijn beslag kreeg, verwerpt het hof deze stelling. Per 1 januari 2015 had Arns de beschikking gekregen over de relevante productiemiddelen en zij moest dus gerechtigd en in staat worden geacht tot hervatting van de exploitatie.

#### *Nevenvorderingen*

3.24 Grief IV richt zich tegen de toewijzing van de wettelijke verhoging over het door Arns verschuldigde loon. Nu de wettelijke verhoging een prikkel tot nakoming beoogd te zijn omdat de werknemer doorgaans groot belang heeft bij tijdige betaling van zijn of haar salaris alsmede toewijzing daarvan ook in de bodemprocedure pleegt plaats te vinden, ziet het hof geen aanleiding deze vordering alsnog af te wijzen. De in de rechtspraak ontwikkelde criteria voor toewijzing van een geldvordering in kort geding staan daaraan naar het oordeel van het hof niet aan in de weg. Gronden voor matiging zijn niet aangevoerd en evenmin gebleken. Arns heeft zich voor het bestreden vonnis de belangen van de werknemers onvoldoende aangetrokken terwijl zij bekend was met het standpunt van Demarol. Dat Arns met Demarol een voor de werknemers aanvaardbare interim-regeling heeft afgesproken is gesteld noch gebleken.

3.25 Nu het vonnis van de kantonrechter aldus voor bekrachtiging gereed ligt en Arns als de in het ongelijk gestelde partij heeft te gelden faalt daarmee tevens grief V, die zich richtte zich tegen de proceskostenveroordeling.

#### 4. De slotsom

4.1 In het vorenstaande ligt besloten dat de grieven falen en het betreden vonnis zal worden bekrachtigd.

4.2 Als de in het ongelijk te stellen partij zal het hof Arns in de kosten van het hoger beroep veroordelen. Het hof ziet geen aanleiding, gelet ook de omvang van de processtukken, voor een kostenveroordeling van Arns, die zich ook gaaf en onvoorwaardelijk heeft gerefereerd aan het oordeel van het hof dienaangaande, tot een kostenveroordeling in het incident tot voeging.

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Gunther c.s. zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht (verschotten)	€ 311,-
- salaris advocaat	€ 2.682,- (3 punten x tarief II ad € 894,-)
Totaal	€ 2.993,-

De kosten voor de procedure in hoger beroep aan de zijde van Demarol zullen worden vastgesteld op:

- griffierecht	€ 711,-
- salaris advocaat	€ 2.682,- (3 punten x tarief II ad € 894,-)
Totaal	€ 3.393,-

#### 5. De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter (rechtbank Gelderland, team kanton en handelsrecht, zittingsplaats Nijmegen) van 23 februari 2015;

veroordeelt Arns in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Gunther c.s. vastgesteld op € 311,- voor verschotten en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak aan de zijde van Demarol vastgesteld op € 711,- voor verschotten en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

verklaart dit arrest voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordelingen betreft uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. M.F.J.N. van Osch, F.J. de Vries en G.H. Bunt en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 9 februari 2016.



Uitgegeven voor gosse  
op 09-02-2016  
door de griffier van het Gerechtshof  
Arnhem-Leeuwarden