

RECHTSPRAAK

Werkgever/Nogueira

Overgang van onderneming. Overgang exploitatieovereenkomst van restaurant en hotel. Geen deskundigenverklaring ex artikel 7:629a BW. Geen opschortingsrecht werknemer

Werknemer (52 jaar) is op 1 juli 2002 bij werkgever in vaste dienst getreden als kok bij het toen door werkgever geëxploiteerde 'Hotel, Portugees Restaurant-Tapasbar X'. Werkgever heeft in mei 2004 overleg gevoerd met een tweetal kopers. Een koopovereenkomst van 2 oktober 2004 vermeldt dat de kopers goodwill, inventaris en bedrijfspanden overnemen. Levering van de bedrijfspanden heeft uiteindelijk nimmer plaatsgevonden. Werknemer is in juni 2004 uitgevallen wegens ziekte. De kopers hebben het loon van werknemer niet betaald. Op 5 juni 2005 heeft werkgever de (exploitatie)overeenkomst met Kopers opgezegd en hen de toegang tot het bedrijfspand te Rotterdam ontzegd en de exploitatie van het restaurant onder de naam 'Tapasbar X' hervat. Ook de exploitatie van het hotel heeft werkgever weer aan zich getrokken. In eerste aanleg is werkgever veroordeeld tot betaling van het achterstallige loon aan werknemer wegens overgang van onderneming. Tegen dit oordeel keert werkgever zich in hoger beroep.

Het hof oordeelt als volgt. De exploitatie in/van het bedrijfspand is door de opzegging/ontbinding van de (exploitatie)overeenkomst met Kopers (weer) op werkgever overgegaan, een daartoe strekkende overeenkomst is niet vereist. De opzegging/buitengerechtelijke ontbinding van 5 juni 2005 valt onder de term 'overeenkomst' te rangschikken nu opzegging/ontbinding slechts 'in het kader van een overeenkomst' kan geschieden. Anders gezegd en aanhakend bij het door werkgever geciteerde arrest van het gerechtshof 's-Hertogenbosch van 30 november 2004 (LJN AR684): voor overgang van een onderneming is het voldoende dat er sprake is van een overgang in het kader van enige contractuele betrekking waardoor een wijziging optreedt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming. Redelijkheid en billijkheid en/of het algemeen rechtsgevoel kunnen, anders dan door werkgever bepleit, daaraan niet afdoen. Zie in dit verband ook reeds het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (17 december 1987, NJ 1989, 674) waarin het Hof overwoog dat de Richtlijn 77/187 (thans 2001/23) van toepassing is wanneer de eigenaar de exploitatie van een verpachte onderneming wegens wanprestatie van de pachter weer in eigen hand neemt. Naar het oordeel van het hof is ook voldoende komen vast te staan dat sprake is van identiteitsbehoud, waardoor het rechtsgevolg van artikel 7:663 BW intreedt.

Het standpunt van de werkgever dat werknemer niet-ontvankelijk is in zijn vordering wegens het ontbreken van een deskundigenverklaring ex artikel 7:629a BW faalt. In casu kan werknemer zich op artikel 7:629a lid 2 BW beroepen, nu de werkgever eerst in hoger beroep dit verweer voert en er een groot tijdsverloop heeft plaatsgevonden, en dat de arbeidsongeschiktheid van werknemer nimmer is betwist.

De loonvordering vanaf 12 juni 2005 wordt evenwel afgewezen, omdat werknemer zich niet bereid heeft verklaard de bedongen arbeid te verrichten. Het beroep van werknemer op het opschortingsrecht faalt, omdat hij voor de overgang van onderneming geen opschortingsrecht jegens de werkgever had.

Instantie: Gerechtshof Den Haag

Datum uitspraak: 25-10-2011

ECLI: ECLI:NL:GHSGR:2011:BU7606

Zaaknummer: 105.007.757/01

Rechters: S.R. Mellema, R.S. van Coevorden en V. Disselkoen

Advocaten: A. Vijftigschild en A.M. van Kuijeren

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW, 7:629a BW en 6:262 BW