

RECHTSPRAAK

Federacion Di Trahadornan Di Aruba/Exi-Gaming Executive Island Gaming Management N.V.

Geen overgang van onderneming: veertien maanden sluiting casino, verbouwing, andere kleurstelling, gedeeltelijk andere doelgroep leiden tot verlies van identiteit, ondanks overname meerderheid personeel en inventaris.

Feiten

De Millennium Resource Group N.V. (hierna: TMRG) heeft in het Occidental Hotel (thans Barcelo Hotel) in Aruba een casino geëxploiteerd onder de naam Aura Casino. De ruimte werd gehuurd van Allegro Palm Beach VBA (hierna: Allegro), tevens de exploitant van het hotel en de houder van de exploitatievergunning voor het casino. Bij vonnis van het Gerecht in Eerste Aanleg van Aruba van 2 december 2015 is TMRG veroordeeld om het gehuurde te ontruimen wegens, kort gezegd, een aanzienlijke huurachterstand. TMRG heeft het gehuurde op 15 december 2015 verlaten. De Sociale Verzekeringsbank heeft in april 2016 aan de werknemers van TMRG een cessantia-uitkering gedaan op grond van artikel 4 lid 2 Cessantiaverordening, waarbij als 'fictief einde dienstbetrekking' 15 december 2015 is opgenomen. In dezelfde periode heeft Allegro de lobby van het hotel, waarin het casino was gevestigd, verbouwd. Het vloeroppervlak van het casino is daardoor aanzienlijk verkleind. In de vrijgekomen ruimtes heeft Allegro andere horeca-activiteiten gehuisvest. Op 15 februari 2017 heeft het door Island Gaming geëxploiteerde casino zijn deuren geopend. De inrichting van het casino behoort in hoofdzaak toe aan Allegro en wordt eveneens gehuurd door Island Gaming. Island Gaming heeft 26 van de (oud-)werknemers van TMRG in dienst genomen, en tot november 2017 geen nieuw personeel in dienst genomen ter exploitatie van het casino. Met elf (oud-)werknemers van TMRG heeft Island Gaming overeenstemming bereikt die ertoe strekt dat zij tegen betaling van een bedrag ineens hun aanspraken jegens Island Gaming prijsgeven. De onderhavige procedure betreft diverse verzoeken van FTA die ertoe strekken dat Island Gaming aan de voormalige werknemers van TMRG (achterstallig) salaris betaalt vanaf de laatste salarisuitbetaling op 15 december 2015 tot en met het tijdstip van de overname van de bedrijfsvoering door Island Gaming, alsmede vanaf de datum van overname totdat de arbeidsovereenkomst op rechtsgeldige wijze zal zijn beëindigd, met wettelijke verhogingen. Het hof oordeelde als volgt. Doordat na het sluiten van het oude casino gedurende veertien

maanden geen casinoactiviteiten zijn verricht op de plaats van vestiging is de identiteit van het oude casino vervaagd. Daar komt bij dat zowel de naam van het hotel als de naam van het casino in de tussentijd is gewijzigd, wat verder afdoet aan de gedachte dat het nieuwe casino de voortzetting is van het oude casino. Hetzelfde geldt voor de verkleining van het nieuwe casino ten opzichte van het oude, zowel in oppervlakte als in het aantal speelafels en slotmachines, en voor de gewijzigde kleurstelling en de overige wijzigingen. Ter zitting heeft Island Gaming onweersproken aangevoerd dat de nieuwe operator van het hotel, Barcelo, het hotel anders exploiteert dan de vorige operator, namelijk meer als hotel en minder als time share en dat dit ook verandering van hotelgasten tot gevolg heeft. Dat van continuïteit van het klantenbestand in enige betekenisvolle vorm sprake is, is mede daardoor onvoldoende gebleken. Dit vindt bevestiging in het feit dat Island Gaming geen vergoeding voor goodwill heeft betaald. Alle omstandigheden van het geval afwegend is het hof van oordeel dat van overgang van een onderneming in dit geval geen sprake is. Weliswaar zijn enkele kenmerkende elementen (locatie, personeel en inventaris) van het oude casino in het nieuwe casino gedeeltelijk teruggekeerd, maar van behoud van identiteit is onvoldoende gebleken.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Spijkerscriteria: veertien maanden sluiting, verbouwing, andere kleurstelling, gedeeltelijk andere doelgroep leiden tot verlies van identiteit

Het onderdeel stelt op zichzelf terecht dat voor de beantwoording van de vraag of sprake is van identiteitsbehoud in de zin van artikel 7A:1615db BWA, steeds moet worden uitgegaan van de identiteit die de oude onderneming feitelijk had. Uitgaande van die identiteit dient aan de hand van een weging van alle omstandigheden van het geval te worden beoordeeld of deze in de nieuwe situatie is behouden. Het hof heeft dit echter niet miskend. Het heeft immers een aantal factoren die erop wijzen dat de identiteit die het oude casino had, in de nieuwe situatie niet is behouden (zoals het hof zegt: 'is vervaagd'). Gewezen wordt op (a) de periode van veertien maanden waarin ter plekke geen casinoactiviteiten zijn verricht, (b) de wijziging van de namen van het hotel en het casino, (c) de verkleining van het casino ten opzichte van het oude casino in oppervlakte en in het aantal speelmachines en slotmachines, de wijziging in kleurstelling en de overige wijzigingen, en (d) het niet overnemen van het klantenbestand. In dit verband getuigt het niet van een onjuiste rechtsopvatting dat het hof in zijn beoordeling heeft betrokken dat het oude casino onder meer wat betreft de aangeboden faciliteiten sterke overeenkomsten vertoonde met de meeste andere in Aruba in hotels geëxploiteerde casino's. Die omstandigheid brengt naar het kennelijke oordeel van het hof mee dat wanneer dergelijke overeenkomsten ook tussen het oude en het nieuwe casino bestaan, dit als zodanig geen aanwijzing vormt voor identiteitsbehoud. Niet onbegrijpelijk is dat het hof daarbij ook de omstandigheid heeft betrokken dat in de nieuwe situatie ten dele sprake is van een verandering in het soort hotelgasten (minder time share, dus nog meer wisselend). Het hof heeft in zijn afweging betrokken dat de 26 werknemers van het nieuwe casino afkomstig zijn uit het oude casino. Het was niet gehouden om daarbij expliciet in te gaan op de stelling van

FTA dat een casino een arbeidsintensieve onderneming is, nu FTA die stelling, die zij alleen bij pleitnota in eerste aanleg heeft opgeworpen, in het geheel niet heeft onderbouwd, laat staan dat zij die stelling heeft uitgewerkt voor het onderhavige casino.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 24-05-2019

ECLI: ECLI:NL:HR:2019:792

Zaaknummer: 18/03643

Rechters: C.A. Streefkerk, A.H.T. Heisterkamp, G. Snijders, C.E. du Perron en H.M. Wattendorff

Advocaten: J.P. Heering

Wetsartikelen: 7A:1615db BWA en 7:662 BW