

RECHTSPRAAK

Het ontbreken van een contractuele verhouding tussen A en B staat op zichzelf niet in de weg aan een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 aanhef en sub a BW.*Feiten*

Werkneemster is vanaf 1 mei 2004 werkzaam geweest in het café-restaurant De Reünie te Zeist. Vanaf 1 januari 2019 tot 1 mei 2020 is De Reünie geëxploiteerd geweest door Leoniel BV. Op 31 oktober 2019 heeft Op Seyst BV, waarvan X bestuurder was, ter zake van de betalingsachterstand op de door Op Seyst BV verstrekte geldlening een vaststellingsovereenkomst (hierna: de VSO) gesloten met onder andere Leoniel BV. Deze VSO behelsde, kort gezegd, verkoop en overdracht van de onderneming De Reünie per 2 januari 2020 aan Op Seyst BV of een door haar te benoemen vennootschap. Op 1 juli 2020 heeft De Colonel het grand-café De Colonel geopend in het pand aan de Slotlaan 266 in Zeist. X is de ondernemer en de bestuurder van HEZ Holding B.V. die op haar beurt enig aandeelhouder van De Colonel is. De vraag is of sprake is geweest van overgang van onderneming en werkneemster dientengevolge van rechtswege bij De Colonel in dienst is getreden, zodat zij aanspraak kan maken op loon en wedertewerkstelling, zoals de kantonrechter heeft geoordeeld. De Colonel is tegen het vonnis in hoger beroep gekomen.

Oordeel

Voor zover De Colonel haar verweer dat sprake is van overgang van onderneming baseert op een ontbreken van een overeenkomst tussen haar en Leoniel BV oordeelt het hof dat tussen partijen vaststaat dat Op Seyst BV, waarvan X directeur was, op 31 oktober 2019 een overeenkomst, tevens VSO, heeft gesloten met onder meer Leoniel BV. De overeenkomst behelst onder andere de verkoop aan Op Seyst BV van 'de activa (in ruime zin)' van het horecabedrijf De Reünie, met eigendomsoverdracht op 2 januari 2020. Ingevolge artikel 2.4 is Op Seyst BV gerechtigd een nader te benoemen persoon dan wel vennootschap in haar plaats koper te doen zijn van voormelde activa. Daarbij gelden dezelfde voorwaarden. In de relevante jurisprudentie en het bepaalde in 2.4 van de VSO, dat erop duidt dat Op Seyst BV in haar plaats De Colonel de exploitatie van de onderneming heeft gegund, moet naar het voorlopig oordeel van het hof worden aangenomen dat sprake was van een overeenkomst als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 aanhef en sub a BW. Ook ingeval een rechtstreekse overeenkomst tussen De Colonel en De Reünie BV zou ontbreken, gaat het verweer van De Colonel bovendien niet op. Tussen partijen staat immers vast dat Leoniel BV met haar verhuurder, Heineken Nederland BV, een huurbeëindigingsovereenkomst heeft gesloten, waarbij zij met elkaar zijn overeengekomen dat de huurovereenkomst definitief eindigt op 30 april 2020 (productie 13 bij

de appèldagvaarding). Nu voorts vaststaat dat De Colonel daarna zelf van Heineken is gaan huren en in het voormalig verhuurde pand de exploitatie van een horecagelegenheid ter hand heeft genomen, staat het ontbreken van een contractuele verhouding tussen Leoniel BV en Op Seyst BV op zichzelf niet in de weg aan een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 lid 2 aanhef en sub a BW.

Behoud van identiteit

Het hof overweegt aan de hand van de *Spijkers*-criteria/factoren als volgt. De factor sub a (de aard van de betrokken onderneming), sub f (de mate van overeenkomst tussen de activiteiten) ondersteunen in grote lijnen dat sprake is van identiteitsbehoud. Dit geldt ook voor de factor sub b (het overdragen van materiële activa) op de wijze zoals hiervoor is uiteengezet. Dit geldt eveneens, in elk geval deels, voor de factor sub c (de waarde van de immateriële activa ten tijde van de overdracht). In elk geval kunnen daaraan geen sterke contra-indicaties voor identiteitsbehoud worden ontleend. Het laatste geldt ook voor de factor sub e (het al dan niet overdragen van de klantenkring) en zeker voor de factor sub g (de duur van de onderbreking van de activiteiten). Alleen aan de factor d (het niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer) is feitelijk niet voldaan, maar van een duidelijke contra-indicatie is daarmee evenmin sprake. Dat dit doorslaggevend zou moeten zijn is immers niet voldoende af te leiden uit de vaste rechtspraak, nu dit element in elk geval niet van overwegende betekenis is bij kapitaalsintensieve sectoren. Het hof is voorshands dan ook van oordeel dat wat De Colonel betreft sprake is van identiteitsbehoud. Dat blijkt met name uit het daadwerkelijk voortzetten dan wel hervatten van dezelfde of soortgelijke activiteiten door de nieuwe ondernemer. Het hof is met de kantonrechter voorlopig van oordeel dat voldoende aannemelijk is dat sprake is van overgang van onderneming, zodat de vorderingen van de werkneemster toewijsbaar zijn. Het vonnis wordt bekrachtigd.

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 31-08-2021

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2021:8352

Zaaknummer: 200.286.391

Rechters: L.J. de Kerpel-van Poel, M.F.J.N. van Osch en A.J. Louter

Advocaten: P.P. Hoyng en E. Weijer

Wetsartikelen: 7:663 BW en 7:662 BW