

## RECHTSPRAAK

***Spijkerscriteria. Geen sprake van identiteitsbehoud na overdracht van kapsalon en dus geen sprake van overgang van onderneming. Loonvordering is terecht toegewezen tot datum beëindiging arbeidsovereenkomst. Matiging wettelijke verhoging tot 20%.***

*Feiten*

Werkneemster is op 1 mei 2019 bij werkgeefster (kapsalon) in dienst getreden op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd in de functie van hairstyliste. Werkneemster is per 24 juli 2022 met zwangerschapsverlof gegaan. Op enig moment laat werkgeefster werkneemster weten dat de onderneming per 1 augustus 2022 definitief wordt gestaakt. De gemachtigde van werkneemster heeft daarop aangegeven dat zij na haar zwangerschapsverlof, in november 2022, haar arbeid weer ter beschikking zal stellen en dat zij verwacht dat haar loon zal worden doorbetaald. Op 7 oktober 2022 heeft werkgeefster aan werkneemster medegedeeld dat er een overnamekandidaat voor de kapperszaak was gevonden, en dat werkneemster zich tot deze nieuwe eigenaar kon wenden. In eerste aanleg (waarbij zowel werkgeefster als de overnamekandidaat in rechte was betrokken) heeft werkneemster primair gevorderd dat de kantonrechter voor recht verklaart dat er geen sprake is van een overgang van onderneming, dat werkgeefster wordt veroordeeld om werkneemster op te roepen voor het verrichten van haar werkzaamheden en dat werkgeefster wordt veroordeeld tot (door)betaling van haar (achterstallig) loon. Werkneemster heeft daarnaast een voorlopige voorziening voor de duur van de procedure gevorderd, welke de kantonrechter bij vonnis van 18 januari 2023 voor wat betreft de loondoorbetaling heeft toegewezen. Ten aanzien van de overname heeft de rechtbank Limburg op 26 juli 2023 geoordeeld dat er geen sprake is van een overgang van onderneming, zodat werkneemster in dienst is gebleven bij werkgeefster. Daar speelt naast dat werkgeefster toestemming bij het UWV heeft verzocht om de arbeidsovereenkomst vanwege bedrijfseconomische gronden op te zeggen. Die toestemming is verleend. Werkgeefster heeft de arbeidsovereenkomst vervolgens per 1 maart 2024 opgezegd. In hoger beroep komt werkgeefster op tegen de vonnissen van 18 januari 2023 en 26 juli 2023 waarbij zij betoogt dat er wel sprake is van overgang van onderneming (waardoor de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst van werkneemster zijn overgegaan naar de overnamekandidaat) en werkneemster hoe dan ook geen recht op loondoorbetaling heeft nu zij zich, door zich in te schrijven bij de KvK, niet meer beschikbaar houdt/stelt om de bedongen arbeid te verrichten. Voor dat laatste doet werkgeefster ook een beroep op artikel 7:680a BW en artikel 6:248 lid 2 BW. Tot slot heeft werkgeefster een incidentele vordering ex artikel 351 Rv ingesteld tot schorsing van de uitvoerbaarheid bij voorraad van de vonnissen,

welke incidentele vordering het hof bij arrest van 6 februari 2024 heeft afgewezen. Onderhavig arrest vormt een vervolg op dat arrest. De overnamekandidaat is in hoger beroep niet verschenen.

### *Oordeel*

Het hof oordeelt als volgt.

### *Overgang van onderneming*

Voor de vraag of sprake is van een overgang van onderneming is het beslissende criterium of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft. Hiervoor zijn onder andere de door het HvJ EU geformuleerde *Spijkers*-criteria van belang. Daarnaast blijkt de identiteit van de onderneming uit meerdere onlosmakelijk verbonden elementen, zoals de personeelssamenstelling, de leiding, de taakverdeling, de bedrijfsvoering en, in voorkomend geval, de beschikbare productiemiddelen (*Süzen* en *Grafe & Pohle*). Nu in dit geval werkgeefster een beroep doet op de overgang van onderneming als bevrijdend verweer, rust op haar de stelplicht en bewijslast. Het hof beoordeelt de stellingen van werkgeefster aan de hand van de in de aangehaalde rechtspraak geformuleerde (*Spijkers*-)criteria. Bij deze beoordeling constateert het hof dat zowel werkgeefster als de overnamekandidaat een kapsalon exploiteerde (aard van de onderneming), dat de onderneming voor de overdracht vooral een dameskapsalon was en erna vooral een herenkapsalon (mate waarin activiteiten voor en na de overdracht met elkaar overeenkomen), dat werkgeefster alle materiële activa aan de overnamekandidaat heeft overgedragen (materiële activa), dat er daarentegen geen immateriële activa van enige waarde zijn overgedragen (waarde immateriële activa), dat werkgeefster haar klantenkring niet heeft overgedragen (overdragen klantenkring) en dat er van 16 juli 2022 tot 9 september 2022 geen klanten zijn geknipt (duur van onderbreking). Bovendien hebben werkgeefster en de overnamekandidaat afgesproken dat de enige werkneemster van de onderneming niet mee overgaat. Het hof komt, alle hiervoor besproken *Spijkers*-criteria in onderlinge samenhang afwegend, dan ook tot het oordeel dat er geen sprake is van een overgang van onderneming. Daarmee heeft werkneemster recht (gehad) op doorbetaling van haar loon.

### *Salarisbetaling*

Ten aanzien van de stelling dat werkneemster toch geen recht op loondoorbetaling heeft nu zij zich door zich in te schrijven bij de KvK niet meer beschikbaar houdt/stelt om de bedongen arbeid te verrichten, oordeelt het hof op grond van artikel 7:628 BW als volgt. Werkneemster heeft aan werkgeefster bericht dat zij na afloop van haar zwangerschapsverlof beschikbaar was om haar arbeid te verrichten en aanspraak op betaling van salaris gemaakt. Dat werkneemster, toen werkgeefster haar daartoe niet in de gelegenheid stelde, voor eigen rekening werkzaamheden is gaan verrichten, doet aan haar beschikbaarheid niet af (zij had daar na een oproep van werkgeefster immers mee kunnen stoppen). Het maakt ook niet dat het niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening van werkneemster moet komen. Het beroep van werkgeefster op analoge toepassing van artikel 7:680a BW slaagt

daarnaast ook niet. Verder heeft werkgeefster ook geen feiten en omstandigheden aangevoerd die, als zij komen vast te staan, maken dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat werkgeefster de volledige loonvordering en wettelijke rente verschuldigd is. Nu de arbeidsovereenkomst door opzegging per 1 maart 2024 is geëindigd, wordt de loonbetaling tot die datum beperkt. Het hof ziet daarnaast aanleiding om de wettelijke verhoging te matigen tot 20% (in plaats van de door de kantonrechter vastgestelde 50%).

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 03-12-2024

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2024:3836

**Zaaknummer:** 200.333.851\_01

**Rechters:** P.P.M. Rousseau, M. van der Schoor en M.C.M. van Kalmthout

**Advocaten:** D.M.J.M.G. Cuijpers en E.G.W. Hendriks

**Wetsartikelen:** 351 Rv, 7:662 BW, 7:663 BW, 150 Rv, 7:680a BW, 6:248 lid 2 BW, 7:628 BW en 7:625 BW