

RECHTSPRAAK

Toewijzing loonvordering na overgang van onderneming. Onderneming overgegaan op moment waarop de exploitatie feitelijk in handen van de verkrijger is gekomen. Sprake van werknemerschap van zoon van bestuurder van vervreemder.

Feiten

X jr. verrichtte sinds 1 december 2011 werkzaamheden in de onderneming die gedreven werd door X Beheer B.V. Bestuurder en enig aandeelhouder van X Beheer B.V. is X sr., vader van X jr. X jr. had de vrijheid zijn eigen werkdagen in te richten. Daarbij was geen sprake van een vaste urenomvang. X jr. beschikte over een op zijn naam gestelde bankpas van X Beheer B.V. waarmee hij betalingen deed. Op 31 oktober 2017 is een intentieovereenkomst gesloten tussen X Beheer B.V. en DDN, waarin het voornemen tot koop van het bedrijf door Duivensportbond Data Nederland B.V. (hierna: DDN) is vastgelegd. Op 5 juli 2018 hebben X Beheer B.V. en DDN een “Koopovereenkomst van Activa” gesloten. Na 5 juli 2018 is de feitelijke situatie, zoals die bestond vóór het sluiten van de koopovereenkomst voortgezet, waarbij de werkzaamheden werden uitgevoerd door X jr. en de twee programmeurs. Betalingen, waaronder loonbetalingen, vonden plaats op en via de bankrekening van X Beheer B.V. Er zijn door X Beheer B.V. geen inkomsten afgedragen aan DDN. Bij brief van 22 oktober 2020 heeft DDN de in haar ogen bestaande overeenkomst van lastgeving opgezegd en X Beheer B.V. onder meer gesommeerd de volledige administratie over te dragen, alsmede alle benodigde gebruikersnamen, wachtwoorden, broncodes en historische data. DDN heeft vanaf eind oktober 2020 de werkzaamheden van X Beheer B.V. feitelijk voortgezet en de twee programmeurs met ingang van 25 oktober 2020 een arbeidsovereenkomst aangeboden. X jr. is niet meer toegelaten tot het bedrijfspan. Sindsdien heeft X jr. geen werkzaamheden verricht. Op 18 december 2020, 6 januari 2021, 1 en 19 februari 2021 heeft X jr. aanspraak gemaakt op loonbetaling vanaf november 2020. DDN heeft dat geweigerd.

Oordeel

Overgang van onderneming

Het hof is voorshands van oordeel dat de activatransactie tussen X Beheer B.V. en DDN kwalificeert als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW en verder. Op grond van artikel 2.2 van de overeenkomst zijn vrijwel alle activa van X Beheer B.V. overgegaan op DDN, waarmee de organisatorische eenheid als geheel is overgegaan. X Beheer B.V. is een kleine, “platte” onderneming. Gesteld noch gebleken is dat X Beheer B.V. organisatorisch in meerdere onderdelen was opgesplitst, en dat X jr. in tegenstelling tot de twee programmeurs,

aan een niet overgedragen onderdeel van de onderneming was verbonden. In de intentieovereenkomst is opgenomen dat de andere twee werknemers worden overgenomen, en deze zijn ook feitelijk overgenomen door DDN. Het feit dat met hen met ingang van 25 oktober 2020 een (nieuwe) arbeidsovereenkomst is gesloten, doet hieraan niet af. Het tijdstip van de overgang valt samen met het tijdstip waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de overgedragen economische eenheid exploiteert van de vervreemder op de verkrijger overgaat (HvJ EG 26 mei 2005, *JAR* 2005/205, *Celtec*). Nu gesteld noch gebleken is dat de feitelijke overgang van de exploitatie van het bedrijf van X Beheer B.V. reeds ten tijde van het sluiten van de koopovereenkomst op 5 juli 2018 heeft plaatsgevonden, maar – daarentegen – sindsdien alle activiteiten door X Beheer B.V. zijn voortgezet, er geen inkomsten zijn afgedragen aan DDN en het salaris aan de werknemers is betaald door X Beheer B.V. en niet door DDN, heeft naar het voorlopig oordeel van het hof de overgang van onderneming (pas) plaatsgevonden op 25 oktober 2020. Op dat moment werden de overgedragen activa waaronder klantenbestand, administratie, ICT en andere voorzieningen door DDN opgevorderd, en is de andere twee werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden. Vanaf die datum is de exploitatie feitelijk in handen gekomen van DDN.

Werknemerschap X jr.

Tussen partijen is niet in geschil dat X jr. sinds 2011, derhalve gedurende zekere tijd, arbeid heeft verricht voor X Beheer B.V., en dat hij dat ook nog deed op het moment van de overgang. Als onvoldoende gemotiveerd betwist staat tevens voldoende vast dat X jr. hiervoor loon ontving. Er zijn maandelijks betalingen aan hem gedaan door X Beheer B.V., er zijn aangiftes loonheffing gedaan en er zijn sociale premies afgedragen. DDN heeft gesteld dat de maandelijksse betalingen aan X jr. niet kwalificeren als salaris en dat het feit dat loonheffing is opgegeven en sociale premies zijn afgedragen dat niet anders maakt. Nu gesteld noch gebleken is dat er een andere titel valt aan te wijzen voor deze betalingen, en mede in aanmerking nemende dat de betalingen administratief zijn aangemerkt en verwerkt als loonbetalingen, is aannemelijk geworden dat sprake is geweest van loonbetaling. Voorts acht het hof voldoende aannemelijk dat tussen X Beheer B.V. en X jr. een gezagsverhouding bestond. Volgens het hof is aan de elementen van artikel 7:610 BW voldaan en is sprake van een arbeidsovereenkomst.

Verschuldigd loon

Op grond van het voorgaande moet voorshands geoordeeld worden dat X jr. als gevolg van overgang van onderneming met ingang van 25 oktober 2020 in dienst is gekomen van DDN. De vordering van X jr. betreft het loon ten bedrage van € 3.563,63 bruto per maand vanaf 1 november 2020 totdat de arbeidsovereenkomst tussen partijen rechtsgeldig zal zijn geëindigd. Het hof gaat ervan uit dat X jr. over de maanden november en december 2020 wel loon heeft ontvangen. Het feit dat dit in de onderlinge verhouding tussen X Beheer B.V. en DDN wellicht verrekend dient te worden is een kwestie die in het kader van het onderhavige kort geding buiten beschouwing dient te blijven. Het verschuldigd loon vanaf januari 2021 is in beginsel toewijsbaar. DDN heeft zich beroepen op verrekening en/of opschorting van haar

verplichting tot loonbetaling met een vordering die zij pretendeert te hebben op X jr. wegens onrechtmatig handelen en/of wanprestatie zijdens X jr. DDN stelt recht te hebben op schadevergoeding ter hoogte van € 52.533,26. Het hof is van oordeel dat de vordering van DDN niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en zich niet leent voor behandeling in kort geding. De vordering voor zover deze is gebaseerd op onttrekkingen aan het vermogen van X Beheer B.V. ten behoeve van privédoeleinden, betreft de periode voorafgaand aan de overgang van onderneming, te weten tot 22 oktober 2020. Reeds om die reden staat geenszins vast dat sprake is van enige vordering van DDN op X jr. Voor zover de vordering van DDN betrekking heeft op het door X Beheer B.V. factureren aan klanten na 22 oktober 2020 en het niet afdragen van de ontvangen gelden, betreft dit een mogelijke vordering van DDN op X Beheer B.V., ter zake waarvan gesteld noch gebleken is dat X jr. hiervoor in privé aansprakelijk is. Het beroep op verrekening faalt derhalve. Hetzelfde lot treft het door DDN gedane beroep op opschorting van haar verplichting tot loonbetaling, nu voorshands onvoldoende aannemelijk is dat sprake is van een opeisbare vordering van DDN in de zin van artikel 6:162 BW. Het beroep op ontbinding is onvoldoende geconcretiseerd en onderbouwd en strandt om die reden. Evenmin is sprake van omstandigheden die tot de conclusie voeren dat toewijzing van de loonvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW).

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 19-10-2021

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2021:3163

Zaaknummer: 200.294.883/01

Rechters: M.L.D. Akkaya, T.S. Pieters en W.J.J. Wetzels

Advocaten: P.J.L.J. Duijsens en H.C. Uittenbogaart

Wetsartikelen: 7:662 BW, 7:663 BW, 7:610 BW en 6:162 BW