

JIN 2015/215

□ JIN 2015/215, Gerechtshof Den Haag, 12-05-2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:955, 200.149.605-01 (annotatie)

Overgang van onderneming, Opzegverbod, Beëindiging bedrijf

GEGEVENS

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	12-05-2015
Publicatie	JIN 2015/215 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 10, 2015
Annotator	J.C.A. Ettema
ECLI	ECLI:NL:GHDHA:2015:955
Zaaknummer	200.149.605-01
Overige publicaties	ECLI:NL:GHDHA:2015:955 AR-Updates.nl 2015-0458 AR 2015/811 RAR 2015/111
Rechtsgebied	Arbeidsrecht
Rubriek	Arbeidsrecht
Rechters	mr. Van Coevorden mr. Disselkoen mr. Frikkee
Partijen	1. [geïntimeerde 1], wonende te [plaats], hierna te noemen: [geïntimeerde 1], 2. [geïntimeerde 2], wonende te [plaats], geïntimeerden, hierna te noemen: [geïntimeerde 2], advocaat: mr. O.J. Praamstra te Zoetermeer.
Regelgeving	BW Boek 7 - 662 BW Boek 7 - 670 lid 8 BW Boek 7 - 670b

SAMENVATTING

Opzegverbod wegens overgang van onderneming geldt ook bij bedrijfssluiting, indien (1) kort na de opzegging of (2) zelfs kort na de datum waartegen is opgezegd een overgang van onderneming plaatsvindt. Overgang van onderneming in paprikateelt.

Werknemers zijn in dienst getreden van een vof. Deze vof hield zich bezig met de teelt van gewassen, in het bijzonder paprika's. In juni respectievelijk september 2013 zijn werknemers wegens arbeidsongeschiktheid uitgevallen. In oktober 2013 verzoekt de vof toestemming voor ontslag van de werknemers wegens bedrijfssluiting. De arbeidsovereenkomsten zijn per 29 december 2013 met toestemming van het UWV opgezegd. Werknemers hebben zowel de vof als Nieuwkoop Paprika's BV in rechte betrokken en zich op het standpunt gesteld dat sprake is van een vernietigbare opzegging wegens strijd met de opzegverboden ziekte en overgang van onderneming. De voorzieningenrechter heeft werknemers in het gelijk gesteld.

Het hof oordeelt als volgt. De opzeggingen sorteren geen effect indien de onderneming van de vof op Nieuwkoop Paprika's eind december 2013/begin 2014 is overgegaan in de zin van art. 7:662 BW. Een richtlijnconforme interpretatie van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de richtlijn) dwingt daartoe. Het hof stelt hierbij voorop dat de met art. 4 lid 1 richtlijn beoogde bescherming van de werknemer vergt dat een opzegging "wegens overgang van onderneming" in de zin van art. 7:670 lid 8 BW ruim, en de opzegging "wegens bedrijfsbeëindiging" in de zin van art. 7:670b lid 2 BW eng geschiedt, indien er zich (1) kort na de opzegging of (2) zelfs kort na de datum waartegen is opgezegd een overgang van onderneming plaatsvindt. In dergelijke gevallen heeft de opzegging "wegens bedrijfsbeëindiging" te gelden als een opzegging "wegens overgang van onderneming", ook indien het daadwerkelijke motief op het moment van de opzegging de toen voorgenomen of reeds gerealiseerde bedrijfsbeëindiging was (vgl. HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990/247, r.o. 10 e.v.). Een andere duiding van een dergelijke opzegging, dat wil zeggen: een andere uitleg van genoemde bepalingen, leidt ertoe dat de werknemer de bescherming van de richtlijn wordt ontzegd, indien er zich, onverwacht voor de vervreemder, kort na de opzegging en/of na de datum waartegen is opgezegd, (toch) een overgang van onderneming plaatsvindt. De met de richtlijn beoogde bescherming van de werknemer dient hem/haar niet te worden ontzegd, enkel omdat het (eerdere) oogmerk van de vervreemder oprecht was met betrekking tot de grond voor de opzegging. De werknemer heeft in de genoemde gevallen ook geen andere rechtsgronden om te bewerkstelligen dat hij/zij in dienst treedt bij de verkrijger van de onderneming. Het voorgaande leidt ertoe dat in onderhavig geval, als er sprake is van een overgang van onderneming, de uitzondering op het opzegverbod bij ziekte (art. 7:670b lid 2 BW) zich niet voordoet en voorts dat de ontslagen in strijd met het opzegverbod van art. 7:670 leden 1 en 8 BW zijn gegeven. In dat geval zijn de arbeidsovereenkomsten van werknemers overgegaan van de vof op Nieuwkoop Paprika's, nu de vernietigbaarheid van de opzeggingen tijdig is ingeroepen.

De vof exploiteerde een paprikakwekerij op de gronden en in de kassen met bijbehorende inventaris. Deze activiteit is op hetzelfde adres en met gebruikmaking van dezelfde zaken voortgezet door Nieuwkoop Paprika's. Volgens de gebruikelijke gang van zaken bij een paprikakwekerij worden aan het einde van het oogstseizoen de planten geruimd, elders zaden tot planten opgekweekt om vervolgens in de tuin te worden geplant, gecultiveerd en geoogst. Zo is ook in dit geval gehandeld.

Nieuwkoop Paprika's heeft – om de oogst van 2014 zeker te stellen – elders zaden laten opkweken. Zij is per 21 november 2013 gevestigd op het adres van de vof te Nootdorp, in de verwachting dat de opgekweekte planten aldaar zouden worden afgeleverd. Dat laatste is ook gebeurd. De opgekweekte planten zijn op 27 december 2013 op bedoeld adres afgeleverd. Nieuwkoop Paprika's is in januari 2014 begonnen om deze planten in de grond te zetten. De gronden en kassen met bijbehorende inventaris van de vof zijn aan Nieuwkoop Paprika's Holding verkocht bij overeenkomst van 23 december 2013 en aan laatstgenoemde geleverd op 6 februari 2014. Nieuwkoop Paprika's Holding is – zo mag worden aangenomen – gelieerd aan Nieuwkoop Paprika's. De gronden, kassen en inventaris zijn door Nieuwkoop Paprika's Holding aan Nieuwkoop Paprika's in gebruik gegeven voor het exploiteren van de paprikakwekerij. Aldus heeft de onderneming van de vof haar identiteit behouden. Aan het voorgaande doet niet af (1) dat er tussen de vof en Nieuwkoop Paprika's geen (rechtstreekse) contractuele relatie bestond, (2) de onderneming van de vof (wellicht) enige tijd heeft stilgelegd, (3) de vof technisch failliet was, (4) Nieuwkoop Paprika's tot eind december 2013 de mogelijkheid openhield om elders, in plaats van op het terrein van de vof, een paprikakwekerij te starten, (5) Nieuwkoop Paprika's geen personeel van de vof wilde overnemen, (6) alle arbeidskrachten van Nieuwkoop Paprika's bij derden worden ingehuurd, en dat (7) de bank mogelijk haar hypotheek- en pandrechten alsnog gaat executeren.

UITSpraak

Hof:

Het geding

Bij tussenarrest van dit hof van 24 juni 2014 is een comparitie van partijen bepaald, die op 18 september 2014 heeft plaatsgevonden. Van de comparitie van partijen is een proces-verbaal opgesteld. Vervolgens heeft Nieuwkoop Paprika's bij memorie van grieven (met producties) zeven grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord (met productie) hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] de grieven bestreden.

Vervolgens heeft Nieuwkoop Paprika's op 24 februari 2015 arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1. De door de rechtbank in het vonnis van 10 maart 2014 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan, voor zover hierna niet anders is vermeld.

1.1. Kwekerij [de v.o.f.] v.o.f. is een vennootschap onder firma van de heren [firmant 1], [firmant 2] en [firmant 3] (hierna: [de v.o.f.]). [de v.o.f.] hield zich bezig met de teelt van gewassen, in het bijzonder paprika's, in haar kassen aan de Nieuwkoopseweg 30 te Nootdorp.

1.2. [geïntimeerde 1] is op 1 juni 2005 bij [de v.o.f.] in dienst getreden als productiemedewerker algemeen. Zijn laatstverdiende loon bedraagt € 1726,32 bruto per maand, te vermeerderen met een persoonlijke toeslag van € 249,23 bruto per maand. Vanaf 1 juni 2013 is [geïntimeerde 1] arbeidsongeschikt.

1.3. [geïntimeerde 2] is op 1 november 2008 bij [de v.o.f.] in dienst getreden als productiemedewerker algemeen. Zijn laatstverdiende loon bedraagt € 2104,82 bruto per maand, te vermeerderen met een persoonlijke toeslag van € 108,16 bruto per maand. Vanaf 2 september 2013 is [geïntimeerde 2] arbeidsongeschikt.

1.4. Op 9 oktober 2013 heeft [de v.o.f.] aan het UWV toestemming gevraagd om al haar werknemers te ontslaan. Het verzoek is gebaseerd op volledige staking van de bedrijfsactiviteiten. [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] hebben verweer gevoerd. UWV heeft de gevraagde toestemming verleend bij beslissing van 28 november 2013. [de v.o.f.] heeft de arbeidsovereenkomsten met [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] vervolgens opgezegd tegen 29 december 2013.

1.5. Bij brieven van respectievelijk 3 en 6 januari 2014, gericht aan zowel [de v.o.f.] als Nieuwkoop Paprika's, heeft de advocaat van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] een beroep gedaan op de vernietigbaarheid van de opzeggingen op grond van art. 7:670 leden 1 en 8 BW. Daarbij is doorbetaling van loon gevorderd. [de v.o.f.] en Nieuwkoop Paprika's hebben doorbetaling van loon geweigerd.

1.6. In eerste aanleg hebben [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] gevorderd – samengevat – [de v.o.f.] en Nieuwkoop Paprika's hoofdelijk te veroordelen aan hen te betalen (i) het loon c.a. totdat de betreffende arbeidsovereenkomst rechtsgeldig is geëindigd, (ii) de wettelijke verhoging over de achterstallige loontermijnen, (iii) buitengerechtelijke incassokosten en (iv) de proceskosten. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen toegewezen met uitzondering van de buitengerechtelijke incassokosten, en de wettelijke verhoging gesteld op 10%.

2. In hoger beroep vordert Nieuwkoop Paprika's vernietiging van het bestreden vonnis en alsnog [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] niet onvankelijk te verklaren, althans hun vorderingen af te wijzen, met veroordeling van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] in de kosten van de beide instanties vermeerderd met de wettelijke rente.

3. Het hof ziet aanleiding eerst de grieven 2 en 3 te behandelen.

4. Grief 2 luidt dat ten onrechte is geoordeeld dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] een spoedeisend belang hebben bij hun vorderingen. Deze grief faalt nu deze vorderingen naar hun aard spoedeisend zijn. Ook als het juist is dat er een serieus restitutierisico voor Nieuwkoop Paprika's bestaat, doet dit niet af aan het spoedeisend karakter van de vorderingen. Voor zover het beroep op het restitutierisico (ook) is bedoeld als zelfstandige grond tegen toewijzing van bedoelde vorderingen faalt de grief evenzeer, en wel op grond van wat hierna in r.o.16 wordt overwogen.

5. Grief 3 luidt dat de voorzieningenrechter ten onrechte is vooruitgelopen op de uitkomst van een eventuele bodemprocedure. Volgens Nieuwkoop Paprika's is – in essentie – het geschil te complex om in kort geding te beslechten. Deze grief faalt, nu het geschil zich leent voor behandeling in kort geding. Daarbij geldt, zoals de voorzieningenrechter terecht tot uitgangspunt heeft genomen, dat de voorzieningenrechter – en thans het hof – dient te beoordelen of het waarschijnlijk is te achten dat de vorderingen in een (eventuele) bodemprocedure zullen worden toegewezen.

6. De grieven 1, en 4 tot en met 6 richten zich tegen het oordeel dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] jegens Nieuwkoop Paprika's recht hebben op betaling van loon c.a. totdat de arbeidsovereenkomst(en) rechtsgeldig is/zijn geëindigd. Deze grieven lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

Rechtsgeldige opzeggingen?

7. De arbeidsovereenkomsten zijn opgezegd “wegens bedrijfsbeëindiging” tegen 29 december 2013. Te beoordelen is of deze opzeggingen effect sorteren.

8. De opzeggingen sorteren geen effect indien de onderneming van [de v.o.f.] op Nieuwkoop Paprika's eind december 2013/begin 2014 is overgegaan in de zin van art. 7:662 BW. Een richtlijnconforme interpretatie van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn) dwingt daartoe. Het hof stelt hierbij voorop dat de met art. 4 lid 1 Richtlijn beoogde bescherming van de werknemer vergt dat een opzegging “wegens overgang van onderneming” in de zin van art. 7:670 lid 8 BW ruim, en de

opzegging “wegens bedrijfsbeëindiging” in de zin van art. 7:670b lid 2 BW eng geschiedt, indien er zich (i) kort na de opzegging of (ii) zelfs kort na de datum waartegen is opgezegd, een overgang van onderneming plaatsvindt. In dergelijke gevallen heeft de opzegging “wegens bedrijfsbeëindiging” te gelden als een opzegging “wegens overgang van onderneming”, ook indien het daadwerkelijke motief op het moment van de opzegging de toen voorgenomen of reeds gerealiseerde bedrijfsbeëindiging was (vgl. HvJ EG 15 juni 1988, NJ 1990, 247, r.o. 10 e.v.). Een andere duiding van een dergelijke opzegging, dat wil zeggen: een andere uitleg van genoemde bepalingen, leidt ertoe dat de werknemer de bescherming van de Richtlijn wordt ontzegd, indien er zich, onverwacht voor de vervreemder, kort na de opzegging en/of na de datum waartegen is opgezegd, (toch) een overgang van onderneming plaatsvindt. De met de Richtlijn beoogde bescherming van de werknemer dient hem/haar niet te worden ontzegd, enkel omdat het (eerdere) oogmerk van de vervreemder oprecht was met betrekking tot de grond voor de opzegging. De werknemer heeft in de genoemde gevallen ook geen andere rechtsgronden om te bewerkstelligen dat hij/zij in dienst treedt bij de verkrijger van de onderneming.

9. Het voorgaande leidt ertoe dat in onderhavig geval, als er sprake is van een overgang van onderneming, de uitzondering op het opzegverbod bij ziekte (art. 670b lid 2 BW) zich niet voordoet en voorts dat de ontslagen in strijd met het opzegverbod van art. 7:670 leden 1 en 8 BW zijn gegeven. In dat geval zijn de arbeidsovereenkomsten van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] overgegaan van [de v.o.f.] op Nieuwkoop Paprika's, nu de vernietigbaarheid van de opzeggingen tijdig is ingeroepen.

Overgang van onderneming?

10. Het hof overweegt als volgt.

10. Het juridisch beoordelingskader is verwoord in de rechtsoverwegingen 3.5.2 tot en met 3.5.4 van het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2014 (ECLI:NL:HR:2014:830), als volgt:

“3.5.2. Ingevolge art. 7:663 BW gaan door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van die overgang voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger. Voor zover hier van belang moet voor de toepassing van de art. 7:662-666 BW onder overgang worden verstaan ‘de overgang, ten gevolge van een overeenkomst (...) van een economische eenheid die haar identiteit behoudt’, terwijl onder economische eenheid moet worden verstaan ‘een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit’ (art. 7:662 lid 2, aanhef en onder a en b, BW). De art. 7:662-666 BW strekken ter uitvoering van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Pb 1977, L 61/26; gewijzigd door Richtlijn 98/50/EG (Pb 1998, L 201/88) en gehercodeficieerd in Richtlijn 2001/23/EG (Pb 2001, L 82/16)); hierna: de Richtlijn.

3.5.3. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU heeft de Richtlijn tot doel ook bij verandering van ondernemer de continuïteit te waarborgen van de in het kader van een bedrijf bestaande arbeidsverhoudingen (zie bijvoorbeeld HvJEU 18 maart 1986, 24/85, ECLI:NL:XX:1986:AC8669, Jur. 1986, p. 1119, NJ 1987/502 (Spijkers), punt 11). Teneinde dit doel van bescherming van de werknemers bij overdracht van hun onderneming tot zijn recht te doen komen, moet het begrip overdracht krachtens overeenkomst in art. 1 lid 1 Richtlijn (vgl. art. 7:662 lid 2, aanhef en onder a, BW) ruim worden uitgelegd (zie bijvoorbeeld HvJEU 19 mei 1992, C-29/91, ECLI:NL:XX:1992:AD1667, Jur. 1992, p. I-3189, NJ 1992/476 (Redmond), punt 11). Hiermee strookt dat het ontbreken van een contractuele band tussen een vervreemder en een verkrijger of tussen twee ondernemers aan wie achtereenvolgens werkzaamheden zijn opgedragen, niet van doorslaggevend belang is bij de beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van een onderneming in de zin van de Richtlijn (zie bijvoorbeeld HvJEU 11 maart 1997, C-13/95, ECLI:NL:XX:1997:AG1499, Jur. 1997, p. I-1259, NJ 1998/377 (Süzen), punt 11; HvJEU 24 januari 2002, C-51/00, ECLI:NL:XX:2002:AG7800, Jur. 2002, p. I-969 (Temco), punt 31). Een overdracht krachtens overeenkomst in de zin van de Richtlijn kan bestaan in een schriftelijke of mondelinge overeenkomst tussen de vervreemder en de verkrijger over een wijziging van de voor de exploitatie van de economische eenheid verantwoordelijke persoon, alsmede in een stilzwijgende overeenkomst tussen hen die blijkt uit praktische samenwerking op bepaalde punten, waarin de wens van de vervreemder en de verkrijger om tot een dergelijke wijziging over te gaan, tot uiting komt (HvJEU 13 september 2007, C-458/05, ECLI:NL:XX:2007:BB5943, Jur. 2007, p. I-7301 (Jouini), punt 25).

3.5.4. Voorts volgt uit de rechtspraak van het HvJEU dat voor het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang in de zin van de Richtlijn, beslissend is of de identiteit van het bedrijf bewaard blijft. Met het oog daarop dient te worden onderzocht of het gaat om de vervreemding van een lopend bedrijf, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke bedrijfsmiddelen. In dit verband moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende zaken, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Daarbij verdient opmerking dat al deze factoren slechts deelaspecten zijn van het te verrichten onderzoek en daarom niet elk afzonderlijk mogen worden beoordeeld. (zie het hiervoor in 3.5.3 reeds aangehaalde arrest Spijkers, punten 11-13).”

11. Nieuwkoop Paprika's betwist dat haar onderneming een voortzetting is van die van [de v.o.f.], in de zin van art. 7:662 lid 2 BW. Zij voert aan dat [de v.o.f.] haar bedrijfsactiviteiten in november 2013 noodgedwongen, vanwege haar slechte financiële toestand, heeft gestaakt en gestaakt gehouden. De planten waren geruimd en [de v.o.f.] had voor het oogstseizoen 2014 geen nieuwe zaden gekocht. Met afnemers behoefde [de v.o.f.] toen niets te regelen omdat de verkopen steeds via de veiling verliepen. De onderneming lag in november 2013 stil. UWV heeft de beëindiging van de bedrijfsactiviteiten goed onderzocht. Alle werknemers van [de v.o.f.] zijn per 29 december 2013 ontslagen. De eigenaar van Nieuwkoop Paprika's, de heer C.G. Ocak (hierna: Ocak), was in gesprek met diverse andere kwekers over de mogelijke aankoop van onroerend goed. Nieuwkoop Paprika's Holding is op 23 november 2013 opgericht ter voorbereiding van de mogelijke aankoop van onroerend goed van [de v.o.f.] of van anderen. Nieuwkoop Paprika's Holding is in Den Haag gevestigd. Om de oogst van 2014 veilig te stellen heeft Nieuwkoop Paprika's zaden gekocht en in december 2013 elders laten opkweken. Nieuwkoop Paprika's is op 23 november 2013 opgericht en gemakshalve gevestigd op het adres van [de v.o.f.], omdat de opgekweekte planten zeer waarschijnlijk toch naar dit adres zouden moeten. Eind december 2013 heeft Ocak moeten beslissen dat de kassen van [de v.o.f.] in 2014 door Nieuwkoop Paprika's zelf zouden moeten worden geëxploiteerd. De planten zijn op 27 december 2013 op het terrein afgeleverd en in januari 2014 is begonnen met het in de grond zetten van deze planten. Nieuwkoop Paprika's heeft geen werknemers in dienst, zij huurt deze van een uitzendburo. Onder de uitzendkrachten bevinden zich ex-werknemers van [de v.o.f.]. Nieuwkoop Paprika's heeft geen directe of indirecte contractuele relatie met [de v.o.f.]. Nieuwkoop Paprika's Holding, en dus niet Nieuwkoop Paprika's, heeft met [de v.o.f.] een koopovereenkomst gesloten met betrekking tot uitsluitend – dus geen planten en/of zaden – het onroerend goed en inventaris. Deze zaken zijn op 6 februari 2014, bezwaard met het hypotheekrecht en pandrecht van de bank, door [de v.o.f.] aan Nieuwkoop Paprika's Holding geleverd. De koopprijs moest uiterlijk 1 juli 2014 door Nieuwkoop Paprika's Holding worden betaald. Bij niet-betaling had de bank recht op executoriale verkoop van het onroerend goed en de inventaris. Betaling heeft in juli 2014 niet plaatsgevonden. Het is op dit moment onduidelijk wat de bank zal doen.

12. Naar het oordeel van het hof is de onderneming van [de v.o.f.] op Nieuwkoop Paprika's overgegaan in de zin van art. 7:662 BW, en wel voor 29 december 2013, om de volgende redenen in onderlinge samenhang bezien.

13.1. [de v.o.f.] exploiteerde een paprikakwekerij op de gronden en in de kassen met bijbehorende inventaris, gelegen aan de [adres] te [plaats]. Deze activiteit is op hetzelfde adres en met gebruikmaking van dezelfde zaken voortgezet door Nieuwkoop Paprika's.

13.2. Volgens de gebruikelijke gang van zaken bij een paprikakwekerij worden aan het einde van het oogstseizoen de planten geruimd, elders zaden tot planten

opgekweekt om vervolgens in de tuin te worden geplant, gecultiveerd en geoogst. Zo is ook in dit geval gehandeld. Nieuwkoop Paprika's heeft – om de oogst van 2014 zeker te stellen – elders zaden laten opkweken. Zij is per 21 november 2013 gevestigd op het adres van [de v.o.f.] te Nootdorp, in de verwachting dat de opgekweekte planten aldaar zouden worden afgeleverd. Dat laatste is ook gebeurd. De opgekweekte planten zijn op 27 december 2013 op bedoeld adres afgeleverd. Nieuwkoop Paprika's is in januari 2014 begonnen om deze planten in de grond te zetten.

13.3. De gronden en kassen met bijbehorende inventaris van [de v.o.f.] zijn aan Nieuwkoop Paprika's Holding verkocht bij overeenkomst van 23 december 2013 en aan laatstgenoemde geleverd op 6 februari 2014. Nieuwkoop Paprika's Holding is – zo mag worden aangenomen – gelieerd aan Nieuwkoop Paprika's. De gronden, kassen en inventaris zijn door Nieuwkoop Paprika's Holding aan Nieuwkoop Paprika's in gebruik gegeven voor het exploiteren van de paprikakwekerij.

13.4. Aldus heeft de onderneming van [de v.o.f.] haar identiteit behouden.

14.1 Aan het voorgaande doet niet af (i) dat er tussen [de v.o.f.] en Nieuwkoop Paprika's geen (rechtstreekse) contractuele relatie bestond, (ii) de onderneming van [de v.o.f.] (wellicht) enige tijd heeft stilgelegd, (iii) [de v.o.f.] technisch failliet was, (iv) Nieuwkoop Paprika's tot eind december 2013 de mogelijkheid open hield om elders, in plaats van op het terrein van [de v.o.f.], een paprikakwekerij te starten, (v) Nieuwkoop Paprika's geen personeel van [de v.o.f.] wilde overnemen, (vi) alle arbeidskrachten van Nieuwkoop Paprika's bij derden worden ingehuurd, en dat (vii) de bank mogelijk haar hypotheek- en pandrechten alsnog gaat executeren.

14.2 De conclusie is dat [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] beiden een arbeidsovereenkomst hebben met Nieuwkoop Paprika's. De grieven 1, en 4 tot en met 6 falen.

14.3 Nieuwkoop Paprika's heeft nog gesteld (zie r.o. 4) dat het restitutierisico er aan in de weg staat de vorderingen van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] toe te wijzen. Hoewel het hof onderkent dat er een restitutierisico bestaat, is dat risico echter van onvoldoende gewicht ten opzichte van de spoedeisende belangen van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] tot onder meer loondoorbetaling, om hun vorderingen af te wijzen.

14.4 Uit het voorgaande volgt dat het bestreden vonnis voor zover gewezen tussen partijen dient te worden bekrachtigd. Bij deze uitkomst past dat Nieuwkoop Paprika's in de proceskosten wordt veroordeeld. Grief 7 faalt derhalve. De proceskostenveroordeling zal uitvoerbaar bij voorraad worden verklaard zoals gevorderd.

14.5 Aan nadere bewijslevering komt het hof in dit kort geding niet toe.

Beslissing

Het hof:

– bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Den Haag, Team Kanton Den Haag van 10 maart 2014;

– veroordeelt Nieuwkoop Paprika's in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [geïntimeerde 1] en [geïntimeerde 2] tot op heden begroot op € 308,= aan griffierecht en € 1788,= aan salaris advocaat;

– verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

Het Gerechtshof Den Haag diende in deze kortgedingzaak, spelend in de wereld van de Zuid-Hollandse paprikateelt, een boekje aan rechtsvragen, zowel van procesrechtelijke aard als van materieel recht, te beantwoorden. De meest in het oog springende “bloem” betrof de rechtsvraag over de verhouding tussen enerzijds art. 7:670b lid 2 BW (oud), de uitzondering op de opzegverboden in het geval van beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming, en anderzijds art. 7:670 lid 8 BW, het opzegverbod wegens overgang van onderneming. Op het antwoord van het Gerechtshof Den Haag op deze rechtsvraag alsmede op zijn oordeel dat sprake was van overgang van onderneming zal in het hiernavolgende worden ingegaan. De rechtsvragen van procesrechtelijke aard, het spoedeisende belang en het restitutierisico zullen onbesproken blijven.

Om het oordeel van het hof goed te kunnen duiden is het van belang om de samenloop van de chronologie van enerzijds de beëindiging van de twee arbeidsovereenkomsten en anderzijds de overgang van de paprikateelt-activiteiten van de vof naar Nieuwkoop Paprika's B.V. kort voor het voetlicht te brengen.

De twee werknemers zijn arbeidsongeschikt geraakt in respectievelijk juni en september 2013. De vof heeft op 9 oktober 2013 het UWV toestemming gevraagd de arbeidsovereenkomst met beide werknemers te kunnen opzeggen vanwege volledige staking van de bedrijfsactiviteiten. Het UWV heeft op 28 november 2013 toestemming verleend en met gebruikmaking van deze toestemming heeft de vof vervolgens de arbeidsovereenkomsten met beide werknemers tegen 29 december 2013 opgezegd. De betrokken werknemers hebben vervolgens bij brieven van 3 en 6 januari 2014 de vernietiging van de opzegging ingeroepen omdat de vof naar hun oordeel in strijd had gehandeld met zowel het opzegverbod tijdens arbeidsongeschiktheid (art. 7:670 lid 1 BW) alsmede het opzegverbod vanwege overgang van onderneming (art. 7:670 lid 8 BW).

De vof heeft haar bedrijfsactiviteiten in november 2013 gestaakt en gestaakt gehouden ten gevolge van haar slechte financiële toestand.

Op 23 november 2013 is Nieuwkoop Paprika's Holding opgericht, gevestigd te Den Haag. Op 23 november is evenzeer opgericht Nieuwkoop Paprika's, dat gevestigd is op het adres van de vof te Nootdorp. Het hof neemt aan dat Nieuwkoop Paprika's Holding en Nieuwkoop Paprika's aan elkaar gelieerd zijn (r.o.13.3). Op 23 december 2013 sluiten Nieuwkoop Paprika's Holding en de vof een koopovereenkomst op grond waarvan de gronden en kassen met bijbehorende inventaris aan de holding worden verkocht. Op 27 december 2013 worden nieuwe paprikaplanten voor de oogst 2014 geleverd op het terrein van de vof/Nieuwkoop Paprika's te Nootdorp. In januari 2014 wordt begonnen met het in de grond zetten van deze paprikaplanten.

De kerngedachte van de Europese Richtlijn inzake overgang van onderneming is duidelijk verwoord in punt 3 van de considerans: “Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen” (Richtlijnen 2001/23/EG, PB 282/16). Deze beschermingsgedachte loopt als een rode draad door de vele arresten die het Hof van Justitie in bijna vier decennia over het leerstuk van overgang van onderneming heeft gewezen.

Houweling c.s. onderscheiden drie zuilen (pijlers) waarop dit “dak van werknemersbescherming” rust, te weten: behoud van arbeidsvoorwaarden bij overgang van onderneming van rechtswege (zuil I a/b), ontslagbescherming (zuil II) en recht op informatie en consultatie (zuil III) (zie A.R. Houweling (red.), C. Loonstra en W. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 443). Het fundament van de tweede zuil van Houweling c.s. is art. 4 lid 1 Richtlijn waarvan de eerste zin luidt: “De overgang van onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag”.

Ontslagbescherming is geconcretiseerd in de wettelijke opzegverboden die tot 1999 waren verspreid over verschillende wetten. Bij gelegenheid van de Wet flexibiliteit en zekerheid is in 1999 een groot aantal opzegverboden bij elkaar geplaatst in art. 7:670 BW. De uitzonderingen op de opzegverboden, art. 7:670b BW (oud), is evenzeer bij gelegenheid van de Wet flexibiliteit in titel 10 opgenomen.

Het opzegverbod wegens overgang van onderneming is eerst in 2002 in de wet opgenomen.

Art. 7:670b lid 2 BW (oud) bepaalt dat de opzegverboden uit art. 7:670 lid 1 tot en met 9 BW niet van toepassing zijn, onder andere in het geval dat de opzegging geschiedt wegens de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming. De gedachte achter deze uitzondering is dat bij algehele beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een onderdeel daarvan het ontslag niet op een verboden ontslag kan rusten. Wat de definitie betreft van onderneming en onderdeel van een onderneming, dient, blijkens de parlementaire geschiedenis, aangeknoopt te worden bij de begrippen zoals deze worden gehanteerd in art. 7:662 BW (zie: E. Verhulp, *Arbeidsrecht tekst en commentaar*, achtste druk, Deventer 2014, p. 201/202).

Op een niet nader gespecificeerde dag in november 2013 heeft de vof haar bedrijfsactiviteiten volledig gestaakt. Op het moment van opzegging, 28 november 2013, gold in beginsel het opzegverbod van arbeidsongeschiktheid, dat echter niet van toepassing was op grond van het bepaalde in art. 7:670b lid 2 BW (oud). Uit de summierere feitenweergave in het arrest kan worden afgeleid dat op 28 november 2013, de dag van de opzegging, van een overgang van onderneming, laat staan van een opzegging vanwege een overgang, geen enkele sprake was. Art. 7:670 lid 8 BW bevat het opzegverbod wegens overgang van onderneming is en de Nederlandse codificatie van art. 4 lid 1 Richtlijn. Het Haagse Hof diende deze Nederlandse codificatie Richtlijn conform uit te leggen.

Het Hof van Justitie geeft in zijn jurisprudentie een ruime uitleg aan art. 4 lid 1 Richtlijn, hetgeen volgt uit een relatief oud arrest, van 15 juni 1988, *Bork*, een Deense zaak (NJ 1990/247).

In de *Bork*-zaak waren de arbeidsovereenkomsten van de betrokken werknemers beëindigd één tot enkele weken voordat de overgang van onderneming plaatsvond. Het Hof van Justitie overwoog in rechtsoverweging 18: *“Bijgevolg moeten de werknemers van de onderneming, wier arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding in strijd met artikel 4, lid 1, van de richtlijn is beëindigd met ingang van een datum vóór die van de overgang, worden geacht op de datum van de overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn hetgeen met name tot gevolg heeft dat de verplichtingen van de werkgever jegens hen overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de richtlijn van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan. Om uit te maken of de overgang, in strijd met voornoemd artikel 4, lid 1, de enige reden was voor het ontslag, moet worden gelet op de objectieve omstandigheden waarin het ontslag is gegeven, en in het geval als het onderhavige, meer in het bijzonder op de omstandigheid dat het nagenoeg gelijktijdig met de overgang is ingegaan en dat de betrokken werknemers door de verkrijger opnieuw in dienst zijn genomen”*.

Het Haagse hof komt op grond van het *Bork*-arrest tot een ruime uitleg van art. 7:670 lid 8 BW, het opzegverbod wegens overgang van onderneming. Het Haagse hof geeft vervolgens een enge uitleg aan art. 7:670b lid 2 BW zonder overigens deze enge uitleg nader te motiveren.

Dat de wetsbepaling die aan de toepassing van het opzegverbod wegens overgang van onderneming in de weg staat restrictief geïnterpreteerd dient te worden, volgt overigens uit het arrest *Buyck/Van den Aemele* van de Hoge Raad (HR 29 december 1995, «JAR» 1996/ 29). In dit arrest paste de Hoge Raad het *Bork*-arrest op deze wijze toe.

Het Haagse Hof plaatst de rechtsvraag of sprake is van overgang van onderneming in het juridisch beoordelingskader dat de Hoge Raad heeft verwoord in zijn rechtsoverwegingen 3.5.2. tot en met 3.5.4. van zijn arrest van 4 april 2014 (ECLI:NL:HR:2015:830), die het Haagse hof in zijn rechtsoverweging 10 integraal citeert.

Doorslaggevend bij zijn oordeel dat sprake is van overgang van onderneming is dat de betreffende economische eenheid haar identiteit na overgang heeft behouden. De argumenten dat er tussen de vof en Nieuwkoop Paprika's geen (rechtstreekse) contractuele relatie bestond, het gegeven dat de onderneming van de vof (wellicht) enige tijd heeft stilgelegd en Nieuwkoop Paprika's geen personeel van de vof wilde overnemen, zijn omstandigheden die naar het oordeel van het hof hieraan niets af doen (zie r.o. 13.4).

Dit arrest van het Haagse hof is in het bijzonder interessant door de uitleg over de verhouding tussen enerzijds het opzegverbod wegens overgang van onderneming op grond van art. 7:670 lid 8 BW en anderzijds de uitzondering op het opzegverbod wegens bedrijfsbeëindiging op grond van art. 7:670b BW (oud). Voor de (arbeidsrecht)jurist die ingevoerd is in het leerstuk van overgang van onderneming is dit arrest van het Haagse hof geen verrassing en zeer goed te begrijpen vanuit de kerngedachte van de Richtlijn werknemersbescherming (zie punt 3 considerans Richtlijn).

Voor een verkrijger van een onderneming, die niet of onvoldoende is ingevoerd in het leerstuk van overgang van onderneming, zal echter het gevoel van “Alice in (Labour Law) Wonderland” niet vreemd zijn.

Vanuit het oogpunt van de verkrijger van de onderneming doet zich de vraag voor wat de tijdsperiode dient te zijn tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en het moment van overgang van onderneming, teneinde niet (meer) geconfronteerd te kunnen worden met de indiensttreding van rechtswege van een aantal werknemers. Noch het *Bork*-arrest noch dit arrest van het Haagse hof biedt hiertoe een handvat.

Onder het recht zoals dat gold voor 1 juli 2015 kon een werknemer, zoals in deze casus is gebeurd, binnen twee maanden nadat de rechtshandeling van de opzegging in strijd met een opzegverbod had plaatsgevonden, vernietigen. De opzegging heeft plaatsgevonden op 28 of 29 november 2013. Indien de overgang van onderneming, in het bijzonder het sluiten van de koopovereenkomst, na 28 januari 2014 had plaatsgevonden, zou Nieuwkoop Paprika's zich waarschijnlijk in de veilige zone hebben bevonden. Immers, na 28 januari 2014 zou de (rechts)vordering tot vernietiging zijn verjaard.

Noemenswaardig in dit verband is dat met de codificatie van het opzegverbod van overgang van onderneming in 2002 de rechtspositie van de werknemer verzwakt is. Vóór de codificatie was een opzegging in strijd met art. 4 lid 1 Richtlijn nietig, hetgeen volgt uit het voornoemde *Buyck*-arrest van de Hoge Raad (zie A.R. Houweling, *t.a.p.*, p. 492, voetnoot 122).

Indien deze zaak beoordeeld zou zijn op basis van het recht zoals dat geldt vanaf 1 juli 2015 zou een en ander eenvoudiger kunnen zijn. In de huidige bepaling met betrekking tot de uitzonderingen op de opzegverboden, art. 7:670a BW, wordt het opzegverbod wegens overgang van onderneming (art. 7:670 lid 8 BW) niet genoemd en lijkt dientengevolge een absoluut karakter te hebben.

J.C.A. Ettema, Weijers Ettema Advocaten