

ECLI:NL:GHSGR:2011:BU7606

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	25-10-2011
Datum publicatie	12-12-2011
Zaaknummer	105.007.757-01
Rechtsgebieden	Civil recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Overgang van onderneming (met aanhangende vorderingen); opschorting van bedongen arbeid, recht op loonbetaling.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RAR 2012/40 AR-Updates.nl 2011-1046 VAAN-AR-Updates.nl 2011-1046

Uitspraak

GERECHTSHOF s-GRAVENHAGE

Sector Civil Recht

Zaaknummer: 105.007.757/01

zaaknr. Rechtbank: 729296 CV EXPL 06-18810

arrest van 25 oktober 2011

inzake

[werkgever],
wonende te Etten Leur,
appellant in het principaal appel,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
hierna te noemen: [werkgever],
advocaat: mr. A. Vijftigschild te Leidschendam-Voorburg,

tegen

[Werknemer],
woonplaats gekozen hebbende te Rotterdam,
geïntimeerde in het principaal appel,
appellant in het incidenteel appel,
hierna te noemen: [werknemer],
advocaat: mr. A.M. van Kuijeren te Delft.

Het geding

1. In deze zaak is op 7 december 2010 een tussenarrest gewezen, waarbij de zaak verwezen is naar de rol van 4 januari 2011 voor het door partijen overleggen van een volledig procesdossier. Beide partijen hebben daarop hun procesdossier overgelegd.

Beoordeling van het hoger beroep

in principaal en incidenteel appel

2. In het vonnis van 24 oktober 2006 heeft de kantonrechter een aantal feiten vastgesteld. Voorzover in hoger beroep niet bestreden gaat het om het volgende:

2.1 [werknemer], geboren op 20 maart 1959, is op 1 juli 2002 bij [werkgever] in vaste dienst getreden als kok bij het toen door [werkgever] geëxploiteerde "Hotel, Portugees Restaurant-Tapasbar [naam]" (gevestigd in het bedrijfspand [adres] te Rotterdam), een en ander tegen een salaris van 2.057,50 bruto per maand; op de arbeidsovereenkomst van partijen is de CAO voor de Horeca en Aanverwante Bedrijven (hierna: de CAO) van toepassing.

2.2 In mei 2004 heeft overleg plaats gevonden tussen [werkgever] en de heren [de Kopers] (hierna: de Kopers) over de verkoop van genoemde bedrijfspanden en de onderneming; de koopovereenkomst betreffende de bedrijfspanden is getekend op 2 oktober 2004. De vermelde koopsom is opgebouwd uit een bedrag voor de goodwill, inventaris en de twee panden.

2.3 Levering van de bedrijfspanden heeft uiteindelijk nimmer plaatsgevonden.

2.4 Bij de overeenkomst, getekend op 20 mei 2004, zijn partijen overeengekomen dat de bedrijfsvoering op de locatie [adres] per die datum voor rekening van Kopers zou komen.

2.5 [werknemer] is voor Kopers gaan werken.

2.6 Ten tijde van de overdracht van de exploitatie aan Kopers, had [werkgever] geen achterstand in de betaling van aan [werknemer] verschuldigd loon.

2.7 Kopers hebben (ook) een andere kok in dienst genomen; sedert 4 juni 2004 heeft [werknemer] niet meer in het bedrijf van Kopers gewerkt.

2.8 [werknemer] heeft zich in juni 2004 ziek gemeld. Over de exacte datum van ingang van de arbeidsongeschiktheid van [werknemer] verschillen partijen van mening.

2.9 Op 22 juli 2004 heeft [werknemer] de bedrijfsarts (Achmea) bezocht. De bedrijfsarts heeft naar aanleiding van onderzoek als volgt geconcludeerd: "Er zijn momenteel geen benutbare arbeidsmogelijkheden. De verwachting is dat deze in de nabije toekomst wel zullen ontstaan". Bij belastbaarheid en belastingsmogelijkheden in eigen werk bij eigen werkgever wordt vermeld: "Gezien het beloop van de ziekte en de beperkingen is volledige werkhervatting in eigen werk te verwachten. De termijn onduidelijk, is nu in afwachting oproep voor behandeling". Bij belastbaarheid en belastingsmogelijkheden in ander werk bij eigen werkgever wordt vermeld: "Betrokkene kan op dit moment niet ingezet worden voor passend werk".

2.10 Begin juni 2005 is [werknemer]s arbeidsongeschiktheid geëindigd.

2.11 Kopers hebben [werknemer] in de eerste week van juni 2004 een bedrag van 759,62 netto uitbetaald.

2.12 Bij vonnis in kort geding van 19 april 2005 zijn Kopers veroordeeld kort gezegd, tot betaling aan [werknemer] van het hem toekomende loon vanaf 1 juni 2004, een en ander vermeerderd met vakantietoeslag.

2.12 Op 6 juni 2005 heeft [werkgever] de (exploitatie)overeenkomst met Kopers opgezegd en hen de toegang tot het bedrijfspand [adres] te Rotterdam ontzegd en de exploitatie van het restaurant onder de naam "Tapasbar [naam]", hervat. Ook de exploitatie van het hotel heeft [werkgever] weer aan zich getrokken.

3. In eerste aanleg heeft [werknemer] een loonvordering ingesteld zoals in de inleidende dagvaarding van 8 juni 2006 omschreven. Bij akte van 12 juni 2007 heeft [werknemer] (op verzoek van de kantonrechter, zie vonnis 15 mei 2007) die vordering nader gespecificeerd voor zover betrekking hebbend op de (door de kantonrechter) aangegeven periode van 25 juni 2004 tot 12 juni 2005. Bij akte van 2 oktober 2007 heeft [werknemer] die nadere specificatie enigermate bijgesteld.

Kort gezegd gaat het, wat betreft de aangeduide periode, om een bedrag groot 23.676,62 bruto aan achterstallig loon en om een bedrag ad 1.894,12 bruto aan vakantietoeslag, alles met rente en wettelijke verhoging.

4. De rechtbank heeft, na een aantal tussenvonnissen, bij eindvonnis van 27 november 2007 23.676,62 bruto, verminderd met 759,62 netto, aan salaris toegewezen, alsmede 1.894,12 bruto aan vakantiebijslag. Tevens is wettelijke rente en wettelijke verhoging ad 10% toegewezen met veroordeling van [werkgever] in de kosten van het geding.

verder in het principaal appel

5. [werkgever] kan zich met de uitkomst van de procedure in eerste aanleg niet verenigen, reden waarom hij hoger beroep heeft ingesteld. Het appel richt zich tegen de tussenvonnissen van 15 mei 2007 en 7 augustus 2007 alsmede tegen het eindvonnis van 27 november 2007.

[werknemer] heeft bij memorie van antwoord betoogd dat hij de appeldagvaarding zo begrijpt dat alleen hoger beroep is ingesteld tegen het eindvonnis van 27 november 2007. Naar het oordeel van het hof verstaat [werknemer] de appeldagvaarding echter verkeerd nu weliswaar in het lichaam van genoemde dagvaarding enkel het eindvonnis genoemd wordt, maar in het petitum van de dagvaarding wordt aangegeven dat het appel tegen alle drie genoemde vonnissen gericht is.

[werkgever] vordert in hoger beroep vernietiging van genoemde drie vonnissen en afwijzing van de oorspronkelijk door [werknemer] ingestelde vordering. Bij memorie van antwoord in het incidenteel appel heeft [werkgever] zijn eis vermeerderd (zie blz 47 en 48).

6. Het hof zal hieronder ingaan op de grieven en bezwaren die [werkgever] tegen de bestreden vonnissen heeft geformuleerd.

7. De grieven 5 en 9 hebben betrekking op overgang van onderneming als bedoeld in art. 7: 662 BW en zijn van alle grieven het meest verstrekkend, reden waarom het hof dit punt als eerste zal bespreken.

Als erkend dan wel onvoldoende gemotiveerd bestreden staat vast (zie de memorie van grieven, grief 5 op pagina 19, 3e alinea) dat in mei 2004 sprake geweest is van een overgang van onderneming waarbij [werknemer]s dienstverband met [werkgever] als werkgever door Kopers als nieuwe werkgever(s) is voortgezet. Is vervolgens dat dienstverband van [werknemer] met Kopers blijven bestaan, ook nadat [werkgever] op 5 juni 2005 de exploitatieovereenkomst van mei 2004 aan Kopers had opgezegd, of is er ook hier (wederom) van een overgang van onderneming sprake, waarbij Kopers op hun beurt door [werkgever] als werkgever zijn opgevolgd? [werkgever] bestrijdt dat er in juni 2005 van overgang van onderneming "ten gevolge van een overeenkomst" zoals art. 7:662 BW voorschrijft, sprake is. Volgens [werkgever] moet de term "overeenkomst" in genoemd artikel niet ruim doch in tegendeel eng worden toegepast. Opzegging/buitengerechtelijke ontbinding zoals hij in juni 2005 gedaan heeft is, naar [werkgever] stelt, niet onder de term "overeenkomst" van art. 7:662 BW te brengen.

De kantonrechter heeft in haar vonnis van 7 augustus 2007 de zienswijze van [werkgever] verworpen en geoordeeld dat meergenoemde term "overeenkomst" ruim moet worden uitgelegd. Het hof onderschrijft dit oordeel. De exploitatie in/van het bedrijfspand is door de opzegging/ontbinding van de (exploitatie)overeenkomst met Kopers (weer) op [werkgever] overgegaan, een daartoe strekkende overeenkomst is niet vereist. De opzegging / buitengerechtelijke ontbinding van 5 juni 2005 valt onder de

term "overeenkomst" te rangschikken nu opzegging/ontbinding slechts "in het kader van een overeenkomst" kan geschieden. Anders gezegd en aanhakend bij het door [werkgever] geciteerde arrest van het gerechtshof s-Hertogenbosch van 30 november 2004 (LJN AR684): voor overgang van een onderneming is het voldoende dat er sprake is van een overgang in het kader van enige contractuele betrekking waardoor een wijziging optreedt in de natuurlijke- of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming. Redelijkheid en billijkheid en/of het algemeen rechtsgevoel kunnen, anders dan door [werkgever] bepleit, daaraan niet af doen. Zie in dit verband ook reeds het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap (17 december 1987, NJ 1989, 674) waarin het Hof overwoog dat de Richtlijn 77/187 (thans 2001/23) van toepassing is wanneer de eigenaar de exploitatie van een verpachte onderneming wegens wanprestatie van de pachter weer in eigen hand neemt. Ook de onderhavige overname vindt plaats op basis van een pachtovereenkomst. Voor zover zij tot gevolg heeft dat de pachter de hoedanigheid van ondernemingshoofd verliest en de eigenaar deze wederom verkrijgt, moet zij eveneens worden beschouwd als overgang van de onderneming op een ander ondernemingshoofd ten gevolge van overdracht krachtens overeenkomst in de zin van de Richtlijn.

Voor een overgang in de zin van art. 7:662 BW is naast de voorgeschreven overeenkomst (fusie of splitsing) ook vereist dat het gaat om een economische eenheid die haar identiteit behoudt. In dezen houdt dat in dat beoordeeld moet worden of het horecabedrijf zoals Kopers het exploiteerden, bij het weer exploiteren hiervan door [werkgever] in juni 2005, zijn identiteit heeft behouden.

Naar het oordeel van het hof is in dezen sprake van identiteitsbehoud. Kopers exploiteerden op basis van een met [werkgever] gesloten (exploitatie)overeenkomst op het adres [adres] te Rotterdam een hotel-restaurant/bar met Colombiaanse keuken onder de naam [naam 2]. Na het opzeggen van genoemde overeenkomst op 5 juni 2005 heeft [werkgever] de exploitatie van voormelde panden aan zich getrokken en in genoemde panden (weer) een (Portugees) hotel-restaurant gedreven. De overname heeft betrekking op een georganiseerd geheel van personen en elementen (bedrijfsmiddelen) waarmee een economische activiteit met een eigen doelstelling kan worden uitgeoefend.

[werkgever] heeft de exploitatie van het aanvankelijk door Kopers gedreven hotel-restaurant bedrijf voortgezet. Dat [werkgever] zich na de overgang gericht heeft op een andere clientèle dan Kopers bedienden, zich oriënteerde op een andere keuken (Portugees) en/of een andere atmosfeer in het geëxploiteerde horecabedrijf nastreefde, doet hieraan niet af. Hierbij is nog wel van belang dat het feit dat [werknemer] ten tijde van de wisseling van exploitant in mei 2004 als kok werkzaam was in een "Portugese keuken" niet in de weg heeft gestaan aan zijn indiensttreding van rechtswege krachtens overgang van onderneming bij Kopers (derhalve identiteitsbehoud bij overgang), zodat een zich weer richten door [werkgever], na de opzegging/ontbinding van de overeenkomst, op de Portugese keuken in plaats van de Colombiaanse zoals gedreven door Kopers, aan een weer in dienst treden van rechtswege van [werknemer] bij [werkgever], niet in de weg behoeft te staan.

De conclusie van vorenstaande moet zijn dat er op 5 juni 2005, anders dan [werkgever] bepleit heeft, wel degelijk sprake geweest is van een overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW. De grieven 5. en 9. gaan niet op. [werkgever] is per 5 juni 2005 (wederom) werkgever van [werknemer].

8. Naar het oordeel van het hof is derhalve sprake van een overgang van onderneming zoals bedoeld in art. 7:662 BW. Dit betekent dat de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de exploitatiewisseling voor Kopers voortvloeiden uit de arbeidsovereenkomst tussen hen en [werknemer] van rechtswege zijn overgegaan op de verkrijger [werkgever], derhalve met inbegrip van eventuele achterstallige loonverplichtingen.

[werkgever] voert in dit kader (zie grief 1) aan dat hij niet tot betaling van enig bedrag aan [werknemer] gehouden is, nu hij de arbeidsongeschiktheid van [werknemer] immer bestreden heeft en [werknemer], een loonvordering instellende, geen verklaring heeft overgelegd als bedoeld in art. 7:629a, lid 1 BW. In grief 4 refereert [werkgever] ook aan dit punt.

Naar het oordeel van het hof gaat het voorgaande, in het bijzonder het beroep van [werkgever] op het niet overgelegd zijn van een deskundigenoordeel bij de instelling van de loonvordering ex art. 7:629 BW, hetgeen tot niet ontvankelijkheid (volgens [werkgever] tot afwijzing van de vordering) zou moeten leiden,

niet op.

[werkgever] heeft, voorzover nog van belang, destijds de ziekte van [werknemer] niet in twijfel getrokken en Kopers evenmin. Dat [werknemer] gegeven het gestelde in art. 7:629a lid 1 BW geen vordering zou hebben, respectievelijk niet ontvankelijk zou dienen te worden verklaard, is in eerste aanleg ook niet aan de orde geweest. [werknemer] stelt tegen die achtergrond, dat het in strijd is met de redelijkheid en billijkheid om thans het ontbreken van een "second opinion" aan hem tegen te werpen.

In art. 7:629a BW, lid 2 wordt ondermeer bepaald dat geen verklaring als bedoeld in art. 7:629a, lid 1 behoeft te worden overgelegd, indien het overleggen van die verklaring in redelijkheid niet van de werknemer, in casu [werknemer], kan worden gevergd. Zelfs al zou [werkgever] het niet kunnen verrichten van de bedongen of passende arbeid hebben betwist, dan nog komt [werknemer] een beroep toe op art. 7:629a, lid 2 BW. Alleen al gegeven het tijdsverloop, kan van [werknemer] voor het eerst in appel in redelijkheid de overlegging van een verklaring als bedoeld niet meer worden gevergd.

10. [werkgever] heeft aangevoerd dat zo hij toch tot loonbetaling gehouden zou zijn, hij daartoe toch niet hoeft over te gaan omdat [werknemer] zich sedert januari 2005 aan controle door Achmea Arbo onttrokken heeft en niet heeft meegewerkt aan re-integratie. In dat verband verwijst [werkgever] naar art. 7:670b, lid 3 aanhef en sub a. BW en art. 19 van de CAO juli 2005 t/m 31 maart 2008 (grief 4 , 8, 11 en grief 12).

Het hof verwerpt ook deze stelling/grief. Uit niets blijkt dat er sprake is van enige controle waaraan [werknemer] zich zou hebben onttrokken, ook blijkt niet van enig re-integratieplan waaraan [werknemer] niet zou hebben meegewerkt. Het had op de weg van de werkgever gelegen controle en re-integratie te initiëren, een en ander is niet gebeurd althans het blijkt uit niets. Art. 7:670b, lid 3 aanhef en sub a. BW beschrijft een situatie die zich in dezen niet voordoet.

In grief 10 voert [werkgever] aan dat [werknemer] geen recht op loon heeft omdat hij vanaf medio januari 2005 ongeoorloofd afwezig is geweest. Ook deze stelling/grief gaat niet op omdat uit niets blijkt dat [werknemer] toen (al) hersteld was en zijn arbeid diende aan te bieden.

11. Het hof verwerpt de grieven 2 en 3 als onvoldoende onderbouwd. [werkgever] betoogt wel dat [werknemer] (in de periode 25 juni 2004 12 juni 2005) inkomsten uit uitkering (in Portugal) en uit arbeid (in Frankrijk) heeft gehad en dat die bedragen in mindering moeten strekken op hetgeen hij aan [werknemer] verschuldigd zou zijn, maar [werknemer] bestrijdt dat gemotiveerd en [werkgever] onderbouwt een en ander niet, bedragen die tot mindering op het verschuldigde loon zouden kunnen/moeten strekken worden niet gegeven. De enkele suggestie van wat [werknemer] in Frankrijk had kunnen verdienen is onvoldoende, mede in het licht van de door [werknemer] overgelegde loonstroken. Het hof verwerpt om dezelfde reden (onvoldoende onderbouwing) ook grief 7. Uit niets blijkt dat er door Kopers via de deurwaarder betalingen zijn gedaan op het [werknemer] toekomende loon betrekking hebbend op de periode van 25 juni 2004 tot 12 juni 2005. Enig bedrag wordt door [werkgever] niet genoemd.

12. Grief 6 klaagt erover dat de loonvordering zo hoog is opgelopen omdat [werknemer] onvoldoende bij Kopers heeft aangedrongen op prompte betaling van zijn salaris. [werkgever] stelt dat zijn vergoedingsplicht, zo aanwezig, dient te worden aangepast aan de mate van eigen schuld aan de kant van [werknemer]. Deze grief gaat niet op. Gelet op de ook door [werkgever] ondertekende brief van 1 september 2004 (waaruit indirect blijkt dat [werknemer] betaling wenst van achterstallig loon) alsmede gelet op het tussen [werknemer] en Kopers gewezen vonnis in kort geding van 19 april 2005, kan niet volgehouden worden dat [werknemer] niet (steeds) getracht heeft betaling van het hem toekomende salaris te verkrijgen. Dat zijn pogingen niet (steeds) tegen [werkgever] rechtstreeks gericht waren doet daaraan niet af.

13. In grief 10 leest het hof een grief die gericht is tegen de beslissing van de kantonrechter dat er geen sprake is van ontslagname door [werknemer] zelf. Naar het oordeel van het hof moet ook die grief

verworpen worden. Uit niets blijkt dat er aan de kant van [werknemer] sprake is van een duidelijke, ondubbelzinnige wilsverklaring gericht op het beëindigen van het dienstverband met [werkgever]. De ter zake opgestelde getuigenverklaringen, ook in onderling verband bezien en in relatie tot onderliggende stukken, kunnen een stelling dat [werknemer] wel zelf ontslag genomen heeft, niet dragen. Het hof onderschrijft hetgeen de kantonrechter in haar vonnis van 15 mei 2007 onder 3. ter zake heeft overwogen en verenigt zich daarmee.

14. Alle grieven besproken hebbend, moet de conclusie zijn dat die door [werkgever] opgeworpen grieven falen. Voor zover het hof niet op alle grieven en bezwaren van [werkgever] is ingegaan zal het hof dat ook thans niet doen nu een en ander niet kan leiden tot een andere uitkomst van deze procedure.

Waar de grieven niet opgaan is de slotsom dat [werkgever] gehouden is tot betaling van loon en vakantiegeld een en ander vermeerderd met wettelijke verhoging en wettelijke rente nu tijdsge loonbetaling is uitgebleven. Grief 12, waarin anders bepleit wordt, gaat niet op.

15. [werkgever] is in de memorie van antwoord in het incidenteel appel (ook) uitgebreid ingegaan op hetgeen [werknemer] in de memorie van antwoord heeft aangevoerd tegen de door [werkgever] opgeworpen grieven. Het hof zal op die reactie van [werkgever] (voor zover betrekking hebbend op de memorie van antwoord (blz 1 t/m 36)) geen acht slaan, nu een en ander neer komt op een repliek in principaal appel waarin de wet niet voorziet. In een memorie van antwoord in incidenteel appel is enkel plaats voor een reactie op de incidentele vordering.

Het hof oordeelt de bij memorie van antwoord in het incidenteel appel door [werkgever] gedane vermeerdering van eis, ontoelaatbaar. Een vermeerdering van eis in hoger beroep moet bij eerste gelegenheid (in casu: bij memorie van grieven) worden aangevoerd, een enkele, zich hier niet voordoende uitzondering daargelaten (HR 19 juni 2009, LJN8771).

[werknemer] heeft geen gelegenheid gehad te reageren op de vermeerdering van eis door [werkgever], maar gelet op vorenstaande is hij daardoor niet in zijn verdediging geschaad.

verder in het incidenteel appel

16. [werknemer] heeft incidenteel appel ingesteld tegen alle door de kantonrechter te Rotterdam in deze zaak gewezen vonnissen en in dat kader vier grieven opgeworpen. Het betreft de tussenvonnissen van 24 oktober 2006 (in welk vonnis de kantonrechter de feiten heeft vastgesteld), 15 mei 2007, 7 augustus 2007 en het (eind)vonnis van 27 november 2007. Verder wenst [werknemer] in hoger beroep zijn eis te vermeerderen. [werknemer] vordert thans, naast nevenvorderingen:

1. vernietiging van het vonnis van 24 oktober 2006 voor zover het de grieven tegen de vastgestelde feiten betreft alsmede het opnieuw vaststellen van die feiten met inachtneming van het door [werknemer] gestelde,

2. vernietiging van het vonnis van 15 mei 2007 voor zover het de datum van ziekmelding en de beëindiging van de verplichting tot betaling van het salaris betreft, met het bepalen van de datum van ziekmelding op 7 dan wel 9 juni 2004.

3. veroordeling van [werkgever] tot betaling van:

3.1 het overeengekomen loon te vermeerderen met de tot het salaris behorende emolumenten en CAO-gerelateerde verhogingen ingaande 12 juni 2005 tot de datum van beëindiging van het dienstverband een en ander te verhogen met de wettelijke verhoging en de wettelijke rente (met vernietiging van het vonnis van 27 november 2007 voor zover dat vonnis de vordering van [werknemer] beperkt tot de datum van 12 juni 2005);

3.2. de wettelijke verhoging ex art. 7:625 BW (te stellen op minstens 25%) over het toegewezen bruto loonbedrag;

- 3.3 een bedrag van 1.500,00 als (schade)vergoeding voor het koffertje met koksmessen en garneertoehoren;
- 3.4 een bedrag van 2.474,85 ter zake van verschuldigde dwangsommen vermeerderd met de buitengerechtelijke incassokosten;
- 3.5 de wettelijke rente over het bedrag van 1.500,00 en 2.474,85 vanaf 31 juli 2008 tot de voldoening;
- 4. alles met veroordeling van [werkgever] in de kosten van beide appelprocedures.

17. De vier grieven die [werknemer] tegen de bestreden vonnissen heeft aangevoerd worden hieronder separaat besproken.

18. Grief 1 richt zich tegen de vaststelling van de feiten door de kantonrechter.

Het hof zal deze grief niet bespreken nu wat er ook van de grief zij, deze nimmer kan leiden tot het door [werknemer] beoogde gevolg. Het hof heeft zelf de feiten opnieuw vastgesteld.

19. Grief 2 richt zich tegen de vaststelling door de kantonrechter van 25 juni 2004 als datum ziekmelding. Het hof verwerpt die grief. Als vaststaand moet worden aangenomen dat [werknemer] in ieder geval vanaf 25 juni 2004 arbeidsongeschikt was. Mogelijk heeft er een eerdere ziekmelding plaats gehad maar daarvoor zijn geen aanknopingspunten aanwezig. Dat [werkgever] op 7 juni 2004 zijn huisarts bezocht heeft, wil niet zeggen dat hij zich ook die dag of kort daarna ziek gemeld heeft.

20. Grief 3 keert zich tegen het oordeel van de kantonrechter dat [werknemer] zonder voorwaarden te stellen had moeten ingaan op het aanbod van [werkgever] om te komen werken en dat het in zijn risicosfeer lag dat hij niet op het aanbod van [werkgever] is ingegaan, met beperking van de loonvordering tot 12 juni 2005 tot gevolg.

In de toelichting bij deze grief stelt Nogueira onder meer dat volgens artikel 7:628 BW de werknemer zijn aanspraak op salaris behoudt indien de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid in redelijkheid voor rekening en risico van de werkgever behoort te komen. Volgens [werknemer] is er in dezen sprake van een oorzaak als door art. 7:628 BW bedoeld nu [werkgever] inmiddels gedurende meer dan één jaar zijn salaris niet voldaan heeft, terwijl het niet bereid zijn om Nogueira in staat te stellen in zijn levensonderhoud te voorzien gedurende de periode van zijn werken en hij nog geen salaris heeft ontvangen ook zon oorzaak is. Volgens [werknemer] heeft hij dan ook aanspraak op doorbetaling van loon.

21. Het hof onderschrijft de stellingname van [werknemer] niet en verwerpt grief 3.

Op zich kan een werknemer als [werknemer] aanspraak hebben op doorbetaling van loon, ook als hij zich niet beschikbaar houdt voor het verrichten van de bedongen arbeid, omdat er een in de risicosfeer van de werkgever gelegen rechtvaardiging voor het niet werken/de opschorting van het werk door de werknemer is, maar een dergelijke rechtvaardiging ontbreekt hier. In dat kader overweegt het hof als volgt.

Uit artikel 6: 262 BW volgt dat indien de werkgever zijn verplichting tot het betalen van loon niet nakomt, de werknemer in principe bevoegd is de nakoming van zijn daartegenover staande verplichting tot het verrichten van werkzaamheden op te schorten.

Een impliciet vereiste voor het opschortingsrecht van artikel 6:262 BW is het niet nakomen van de verbintenis door de wederpartij. Tussen partijen was ten tijde van/gedurende de opschorting nog volop in debat of [werkgever] over de betrokken periode tot 12 juni 2005 wel de werkgever was van Nogueira respectievelijk of hij, indien hij diens werkgever zou zijn, wel aansprakelijk was voor de (gehele) loonvordering. Dat er sprake zou zijn van een door [werkgever] niet nagekomen opeisbare loonvordering, waartegenover dan een opschortingsrecht van Nogueira zou kunnen staan, werd door [werkgever]

gemotiveerd betwist. Derhalve heeft [werknemer] geen recht tot opschorting op grond van artikel 6:262 BW.

Artikel 6:263 lid 1 BW geeft de partij die verplicht is het eerst te presteren de bevoegdheid de prestatie op te schorten, indien omstandigheden als in het artikel omschreven haar goede grond geven te vrezen dat de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet zal nakomen. In dezen betekent dat, dat het niet betalen door [werkgever] van het loon over de periode vóór 12 juni 2005, een omstandigheid zou kunnen vormen, die goede grond geeft te vrezen dat loonbetaling voor de werkzaamheden na 12 juni 2005 niet zal plaatsvinden, op grond waarvan de werkzaamheden na 12 juni 2005 zouden kunnen worden opgeschort, totdat zekerheid verkregen is dat het loon voor de werkzaamheden na 12 juni 2005 (het tegenover die werkzaamheden staande loon) wordt betaald, maar opschorting van de werkzaamheden na 12 juni 2005 kan niet (op grond van artikel 6:263 BW) geschieden ter verkrijging van het (verschuldigde) loon over de periode voor 12 juni 2005.

Heeft de werknemer op grond van artikel 6:662 of 6: 663 BW een opschortingrecht, dan zal het niet verrichten van de bedongen arbeid door de werknemer in de risicosfeer van de werkgever liggen. Is er geen sprake van een dergelijk opschortingrecht, zoals hier, dan ligt het niet verrichten van de bedongen arbeid ook niet in de risicosfeer van de werkgever.

Voor loonaanspraken na 12 juni 2005 is geen goede grond aanwezig.

22. Grief 4 richt zich tegen de beslissing van de kantonrechter de wettelijke verhoging te matigen tot 10% van het toewijsbare bedrag. Ook die grief verwerpt het hof.

De wettelijke verhoging is al een sanctie op verwijtbaarheid aan de kant van de werkgever. Dat [werkgever] loon verschuldigd is, is eerst in deze procedure (eerste aanleg) komen vast te staan. Van een werkgever die van meet af aan en tegen beter weten in nalaat loon tijdig te voldoen, hetgeen aanleiding zou kunnen zijn de wettelijke verhoging niet of minder te matigen, is geen sprake.

23. De verwerping van de incidentele grieven betekent voor de vordering van [werknemer] dat de onderdelen 1, 2, 3.1 en 3.2, zoals hiervoor onder 16. weergegeven, in ieder geval moeten worden afgewezen. Ook de onderdelen 3.3 en 3.4 zal het hof afwijzen nu de verschuldigdheid van die posten, gelet op het door [werkgever] gevoerde verweer, onvoldoende is onderbouwd. Waar de posten 3.3 en 3.4 worden afgewezen is over die posten geen rente verschuldigd, onderdeel 3.5 mist grondslag.

24. Waar moet worden geconstateerd dat de door [werknemer] opgeworpen grieven niet opgaan en de incidentele vordering een valide basis ontbeert, moet de conclusie zijn dat het incidenteel appel geen doel treft. [werknemer] zal als de in het ongelijk te stellen partij veroordeeld worden in de kosten op het incidenteel appel gevallen.

wederom in het principaal appel

25. Nu in principaal de grieven ongegrond zijn bevonden en het incidenteel appel een valide basis ontbeert, houdt dat in dat [werkgever] aan [werknemer] loon verschuldigd is over de periode van 25 juni 2004 tot 12 juni 2005. Nu [werkgever] niet is opgekomen tegen de opbouw/samenstelling van de door de kantonrechter toegewezen bedragen, zal het hof van de juistheid van die bedragen uitgaan.

26. Vorenstaande betekent dat het bestreden eindvonnis dient te worden bekrachtigd, ook voor wat de proceskostenveroordeling betreft. [werkgever] zal als de in het ongelijk te stellen partij veroordeeld worden in de kosten op het principaal appel gevallen.

Waar in het dictum van de aan het eindvonnis voorafgegangene tussenvonnissen geen te executeren beslissingen zijn genomen, zal in het dictum van dit arrest daaromtrent niets worden opgenomen.

Beslissing

Het hof:

in het principaal appel

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter van 27 november 2007;
- veroordeelt [werkgever] in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van [werknemer] tot op heden begroot op 254,-- aan verschotten en 894,-- voor salaris advocaat, waarvan te voldoen:
 - (a) aan de griffier van het hof 190,50 voor in debet gesteld griffierecht en 894,-- voor salaris advocaat, waarmee de griffier zal handelen overeenkomstig het bepaalde in art. 243 Rv, en
 - (b) aan [werknemer] 63,50 voor niet in debet gesteld griffierecht.
- bepaalt dat het aan de griffier van het hof verschuldigde bedrag, te weten 1.084,50 bijgeschreven dient te worden op bankrekeningnummer 56.99.90.580 ten name van Ministerie van Justitie Arrondissement Den Haag 537, zulks onder vermelding van de namen van partijen en het zaaknummer;
- bepaalt dat dit (aan de griffier te betalen) bedrag uiterlijk twee weken na heden moet zijn voldaan,

in het incidenteel appel

- verwerpt het incidenteel appel en wijst de incidentele vordering van [werknemer] af,
- veroordeelt [werknemer] in de kosten op het incidentele appel gevallen, tot op heden aan de kant van [werkgever] begroot op 447,-- aan salaris advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs. S.R. Mellema, R.S. van Coevorden en V. Disselkoen, en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 25 oktober 2011 in aanwezigheid van de griffier.