

RECHTSPRAAK

## werknemers/Bogra Uitvaartkisten B.V.

**<p>Overgang van onderneming. Er is geen sprake van een Smallsteps-pre-pack. Er is immers niet gebleken van een pre-pack die v&acute;r het faillissement tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogde voor te bereiden en er heeft niet direct na het faillissement, maar pas na ongeveer drie weken een overname van de onderneming plaatsgevonden. Ook de gewone &lsquo;doorstart&rsquo; leidt niet tot een overgang van onderneming. Afwijzing verzoeken werknemers.</p>**

### Feiten

In mei 2017 is het concern waar Bogra toe behoorde in grote financiële problemen geraakt. Op 22 juni 2017 hebben Bogra en RSN enerzijds, en mr. De Wit anderzijds, een overeenkomst gesloten tot inschakeling van een zogenoemde 'stille bewindvoerder'. In de periode van 22 juni 2017 tot en met 26 juni 2017 hebben er in het kader van besprekingen over een eventuele overname van Bogra verschillende contacten plaatsgevonden tussen Bogra en Funico. Ook hebben Bogra en Funico op 26 juni 2017 gezamenlijk gesproken met Dela. Bij beschikking van 28 juni 2017 van de Rechtbank Noord-Holland is aan Bogra surseance van betaling verleend. De surseance van betaling is bij vonnis van 30 juni 2017 omgezet in een faillissement van Bogra. Bij brief van 30 juni 2017 heeft De Wit de arbeidsovereenkomsten met alle werknemers van Bogra opgezegd. Op 18 juli 2017 is een activatransactie tot stand gekomen tussen curator De Wit en Funico, waarbij een deel van de activa van Bogra met ingang van 19 juli 2017 is verkocht en overgedragen aan Funico en Bogra Uitvaartkisten. De curator heeft de activiteiten van de onderneming van Bogra na het faillissement feitelijk voortgezet tot en met 19 juli 2017, waarna Bogra Uitvaartkisten die bedrijfsactiviteiten vanaf 19 juli 2017 heeft overgenomen. Van de (ongeveer) 59 werknemers van Bogra zijn er (ongeveer) 37 door Bogra Uitvaartkisten in dienst genomen. Werknemers hebben hun werkzaamheden na het faillissement van Bogra feitelijk voortgezet, sommigen van hen tot en met 18 juli 2017, sommigen van hen tot en met 19 juli 2017 en een enkeling nog tot en met 20 juli 2017. Bogra Uitvaartkisten heeft in gesprekken op 18 juli 2017, 19 juli 2017 en 20 juli 2017 aan werknemers meegedeeld dat zij niet bij haar in dienst worden genomen. Thans verzoeken werknemers betaling van (achterstallig) loon, een billijke vergoeding, een transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Bogra Uitvaartkisten voert gemotiveerd verweer.

## Oordeel

### *Overgang van onderneming: Smallsteps-uitspraak*

De kantonrechter moet artikel 7:666 lid 1 onderdeel a BW zo veel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van Richtlijn 2001/23/EG, om het hiermee beoogde resultaat te bereiken. Gelet op het voorgaande kan de kantonrechter artikel 7:666 lid 1 onderdeel a BW richtlijnconform uitleggen, dat wil zeggen met inachtneming van de Smallsteps-uitspraak. Dat betekent dat artikel 7:666 lid 1 onderdeel a BW zo moet worden gelezen dat de artikelen 7:662 tot en met 7:665 BW niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort, tenzij zich een situatie voordoet als bedoeld in de Smallsteps-uitspraak, in welk geval die artikelen wél toepassing vinden. Naar het oordeel van de kantonrechter is de reikwijdte van de Smallsteps-uitspraak beperkt tot het geval zoals weergegeven in die uitspraak, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack. Die uitspraak ziet blijkens de overwegingen daarvan en het antwoord op de prejudiciële vragen immers specifiek op een pre-pack, en met name niet op de Nederlandse faillissementsprocedure in zijn algemeenheid. In dit geval is niet komen vast te staan dat vóór de faillietverklaring sprake is geweest van een pre-pack die tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogde voor te bereiden. Nergens blijkt echter uit dat Bogra, of De Wit namens Bogra, met Funico vóór de faillietverklaring afspraken heeft gemaakt over de overname en de overdracht van de onderneming, laat staan afspraken over een overname die tot in de kleinste details de overdracht beoogde voor te bereiden. Evenmin is sprake geweest van een onmiddellijk na de faillietverklaring uitgevoerde pre-pack. Immers, Bogra Uitvaartkisten en Funico hebben de onderneming van Bogra op 18 juli 2017 overgenomen en dus ongeveer drie weken na het faillissement van 30 juni 2017. Uit het faillissementsverslag volgt verder dat de verkoop op 18 juli 2017 van (een deel van) de activa van Bogra aan Funico en Bogra Uitvaartkisten heeft plaatsgevonden onder toezicht van de rechter-commissaris. Er zijn geen aanwijzingen dat de rechter-commissaris vóór de faillietverklaring op de hoogte is gesteld van enige eerdere (voorgenomen) transactie. De conclusie van het voorgaande is dat in dit geval geen sprake is geweest van een pre-pack zoals bedoeld in de Smallsteps-uitspraak. Werknemers kunnen daarom niet worden gevolgd in hun standpunt dat zij door overgang van onderneming van rechtswege in dienst zijn getreden bij Bogra Uitvaartkisten.

Aan werknemers kan worden toegegeven dat er wel de nodige aanwijzingen zijn dat voorafgaand aan het faillissement de mogelijkheid van een pre-pack is onderzocht en besproken, met name tussen Bogra en De Wit. Echter, als vaststaand moet worden aangenomen dat dit onderzoek en die besprekingen niet daadwerkelijk hebben geleid tot een pre-pack. Hoe dan ook, aanwijzingen dat de mogelijkheid van een pre-pack is onderzocht en besproken, is wat anders dan de vaststelling dat een pre-pack ook inderdaad tot stand is gekomen.

*Gewone doorstart: misbruik van bevoegdheid*

Naar de kantonrechter begrijpt, stellen werknemers dat ook in het geval zich niet een pre-pack heeft voorgedaan zoals bedoeld in de Smallsteps-uitspraak, niettemin sprake is van een overgang van onderneming, omdat Bogra het faillissement uitsluitend heeft aangevraagd om een doorstart mogelijk te maken en om van (een deel van) haar werknemers af te komen. Daarover wordt het volgende overwogen. Een dergelijke stelling moet door werknemers aan de orde worden gesteld in verzet tegen de faillietverklaring op grond van artikel 10 Fw, in hoger beroep als bedoeld in artikel 67 Fw tegen een machtiging van de rechter-commissaris aan de curator tot opzegging van een arbeidsovereenkomst, of in een procedure uit onrechtmatige daad tegen de curator en/of de (voormalige) bestuurders van Bogra. Een dergelijke procedure of vordering is hier echter niet aan de orde. Voor zover het gestelde misbruik van bevoegdheid wel een rol zou kunnen spelen in deze zaak, overweegt de kantonrechter nog het volgende. Op grond van artikel 3:13 lid 2 BW kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Dat een dergelijk misbruik door Bogra zich heeft voorgedaan, kan gelet op de feiten en omstandigheden in deze zaak niet worden vastgesteld. De conclusie is daarom dat ook de 'gewone doorstart' en de overname van de bedrijfsactiviteiten door Bogra Uitvaartkisten op 18 juli 2017 niet leidt tot een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:663 BW.

*Verrichten van werkzaamheden na overname*

Werknemers hebben verder aangevoerd dat zij ook bij gebreke van een overgang van onderneming bij Bogra Uitvaartkisten in dienst zijn gekomen. Volgens werknemers hebben zij hun werkzaamheden na de overname op 18 juli 2017 namelijk feitelijk verricht en voortgezet voor Bogra Uitvaartkisten en is aldus een arbeidsovereenkomst met Bogra Uitvaartkisten ontstaan. De kantonrechter volgt werknemers niet in dit standpunt. De curator heeft in de brief van 30 juni 2017, waarbij de arbeidsovereenkomst is opgezegd, aan de werknemers van Bogra meegedeeld dat wordt onderzocht of een doorstart mogelijk is met behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid, en heeft in dat kader aan de werknemers verzocht hun werk te blijven verrichten. Op de zitting is gebleken dat Funico en Bogra Uitvaartkisten uiteindelijk op 18 juli 2017 rond 01:30 uur met de curator overeenstemming hebben bereikt over een overname en een activatransactie, en dat levering van de activa heeft plaatsgevonden op 19 juli 2017. Vervolgens hebben met werknemers gesprekken plaatsgevonden op 18 juli 2017, 19 juli 2017 en 20 juli 2017, waarin aan hen is meegedeeld dat geen arbeidsovereenkomst werd aangeboden. Gelet op deze gang van zaken moet ervan worden uitgegaan dat werknemers hun werkzaamheden op 18 juli 2017, 19 juli 2017 en 20 juli 2017 hebben verricht op basis van hun arbeidsovereenkomst met de curator en Bogra, en niet op basis van een arbeidsovereenkomst met Bogra Uitvaartkisten. Werknemers mochten er ook niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat door het feitelijk verrichten en voortzetten van hun werkzaamheden een arbeidsovereenkomst was aangegaan en ontstaan met Bogra Uitvaartkisten.

De vorderingen van de werknemers worden dan ook afgewezen.

**Instantie:** Rechtbank Noord-Holland

**Datum uitspraak:** 12-10-2017

**ECLI:** ECLI:NL:RBNHO:2017:8423

**Zaaknummer:** 6230455 AO VERZ 17-100

**Rechters:** P.J. Jansen

**Advocaten:** N.C. Six-Scheffer, S. van Ketel, E. Jansberg en F. Boel

**Wetsartikelen:** 7:666 BW