

RECHTSPRAAK

FNV c.s./Heiploeg Seafood International B.V. c.s.

Op een overgang van onderneming vanuit faillissement, voorbereid door middel van een pre-pack, is uitzondering van artikel 7:666 BW van toepassing. Wetgeving inzake overgang van onderneming (artikel 7:662 e.v. BW en Richtlijn) niet van toepassing

Op 27 november 2013 heeft de Europese Unie aan een viertal vennootschappen van het Heiploeg-concern een boete opgelegd van in totaal € 27.082.000. Deze boete diende uiterlijk 28 februari 2014 te zijn voldaan. Vanaf dat moment werden de mogelijkheden van een pre-pack onderzocht. Daarbij gaat het, kort gezegd, om een voor faillissement voorbereide doorstart, ten behoeve waarvan een door de rechtbank aangewezen beoogd curator (stille bewindvoerder) 'meekijkt' om, zodra het faillissement is uitgesproken, snel(ler) te kunnen handelen aangezien hij dan van de stand van zaken op de hoogte is. In dat kader zijn verschillende partijen uitgenodigd om een bieding te doen. Drie partijen brachten een bieding uit. De bieding van de besloten vennootschap Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. werd als beste beoordeeld en met haar werd verder onderhandeld. Bij brief van 16 januari 2014 heeft de rechtbank twee beoogd curatoren (stille bewindvoerders) aangewezen en zich uitgelaten over de beoogd rechter-commissaris. Op 21 januari 2014 zijn de vennootschappen van het Heiploeg-concern ingeschreven bij de Kamer van Koophandel met als bestuurders Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. (Heiploeg-nieuw). De bedrijven van het Heiploeg-concern (oud) zijn op 28 januari 2014 failliet verklaard. Van de ca. 300 Nederlandse werknemers van Heiploeg-oud zijn er 90 ontslagen. Er zijn 210 werknemers in dienst getreden van Heiploeg-nieuw. Zij verrichten veelal op hun oude werkplekken de werkzaamheden die zij ook voor het faillissement verrichtten, tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. De vakbonden stellen zich op het standpunt dat de uitzondering van artikel 7:666 BW op de toepasselijkheid van de artikelen 7:662 e.v. BW in geval van de overgang van een onderneming in casu niet van toepassing is, althans buiten toepassing dient te worden gelaten omdat het doel van de faillissementen van de vennootschappen van Heiploeg-oud niet op liquidatie van de respectievelijke ondernemingen, maar op de continuïteit van die ondernemingen was gericht. Er heeft (mogelijk) enkel een goedkope herstructurering plaatsgevonden die zich aan controle van de vakbonden heeft onttrokken. Voor het beroep op Richtlijnconforme interpretatie verwijzen de bonden naar de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG in de jaren 1985 e.v. Subsidiair stellen de bonden dat het zwaartepunt van de verkoop van de activa van de vennootschappen van Heiploeg-oud lag voor de datum waarop het faillissement werd

uitgesproken, weshalve het tijdstip van de overgang voor de faillissementsdatum lag en aan de toepasselijkheid van de uitzondering van artikel 7:666 BW niet wordt toegekomen. Tot slot stellen de bonden bezwaar te hebben tegen de pre-pack en die, nu die wegens gebrek aan transparantie tot misbruik kan leiden, ter beoordeling te willen voorleggen.

De kantonrechter oordeelt als volgt. De faillissementen hebben in het kader van een zogenoemde pre-pack plaatsgevonden. In Nederland bestaat voor de pre-pack geen wettelijke basis. Een wetsvoorstel (de Wet Continuïteit Ondernemingen I) ter zake is in voorbereiding en inmiddels naar de Tweede Kamer gestuurd (Kamerstukken II 34218, 2014-2015 nr. 1 t/m 4.) Het beroep van de bonden op het buiten toepassing laten van artikel 7:666 BW, omdat materieel gezien van een faillissement geen sprake zou zijn omdat het doel van de pre-pack niet is gericht op liquidatie maar op continuïteit van de onderneming, kan niet slagen. Artikel 7:666 BW is van toepassing als 'de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort'. Nadere voorwaarden worden niet gesteld. Het faillissement van de vennootschappen van Heiploeg-oud is op 28 januari 2014 uitgesproken. Gesteld noch gebleken is dat daartegen door belanghebbenden ingevolge artikel 10 Faillissementswet (Fw) verzet is ingesteld. Aan de voorwaarden van artikel 7:666 BW is voldaan. Ook Richtlijnconforme interpretatie kan, noch daargelaten de vraag of de rechtszekerheid daaraan niet in de weg staat en contra legem zou zijn, gelet op de duidelijke tekst van artikel 7:666 BW, er niet toe leiden dat artikel 7: 666 BW niet van toepassing is.

In 1985, in het arrest Abels (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900), heeft het HvJ geoordeeld dat Richtlijn 77/187/EG, de eerste inzake de overgang van een onderneming, ondanks het ontbreken van een daartoe strekkende bepaling, niet van toepassing is in geval de onderneming in een gefailleerde boedel valt, maar wel in geval van surseance van betaling. Het HvJ oordeelde in rechtsoverweging 23 van dit arrest dat de Richtlijn de lidstaten niet verplicht deze toe te passen bij de overgang van een onderneming 'die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat is gericht op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde gerechtelijke instantie'. Reden was dat onverkorte toepassing van de Richtlijn een averechts effect zou (kunnen) hebben op de werkgelegenheid, omdat dreiging van de toepasselijkheid van de Richtlijn ondernemingen minder aantrekkelijk maken voor overdracht. Na het arrest Abels zijn in de periode van 1991-1998 door het HvJ de arresten D'Urso (1991), Spano/Fiat (1995), Dethier (1998) en Europieces (1998) geweest. Nu deze arresten zijn geweest voor respectievelijk in het jaar waarin de, in het arrest Abels geformuleerde, uitzondering in de Richtlijn (toen, in 1998, artikel 4bis, thans artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG) werd opgenomen, dient de tekst van de Richtlijn uitgangspunt te zijn. Uit de tekst van artikel 5 van de Richtlijn kan niet worden afgeleid dat voor de toepasselijkheid van dit artikel in geval van een faillissementsprocedure nadere eisen worden gesteld. Nu met het opstellen van Richtlijn 98/50/EG codificatie van de rechtspraak van het HvJ is beoogd, komt aan de arresten wel enige betekenis toe. In genoemde arresten neemt het HvJ telkens tot uitgangspunt dat (de Nederlandse) faillissementsprocedure onder de uitzondering van (thans) artikel 5 valt, omdat in die procedure sprake is van liquidatie ten gunste van de schuldeisers van de vervreemder, onder overheidstoezicht. Dat de na het arrest Abels geweest

arresten betrekking hadden op andere insolventieprocedures dan de faillissementsprocedure, doet niet af aan het uitgangspunt dat door het HvJ in het arrest Abels ten grondslag is gelegd aan het oordeel omtrent de niet-toepasselijkheid van de regels van een overgang van de onderneming in geval van een doorstart vanuit de faillissementsprocedure. Dit betekent dat als een faillissementsprocedure niet meer aan die criteria voldoet, de (prejudiciële) vraag kan worden gesteld of die concrete faillissementsprocedure wel onder de uitzondering van artikel 5 van de Richtlijn valt. Anders dan de bonden betogen, is van een dergelijke situatie in het onderhavige geval geen sprake. Hoezeer de bonden terecht wijzen op het ontbreken van een wettelijke regeling ter zake van de pre-pack en de bezwaren die kleven aan en de risico's op misbruik dan wel oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht bij een pre-pack, staan die bezwaren aan toepasselijkheid van artikel 7:666 BW in dit geval niet in de weg. Ten aanzien van de vraag of het tijdstip van de overgang voor de faillissementsdatum heeft gelegen – weshalve er op het moment van de overgang (nog) geen sprake was van een faillissement en om die reden de uitzondering van artikel 7:666 BW niet van toepassing is – houdt de kantonrechter vast aan de norm zoals door het HvJ in het Celtec-arrest (HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005, 205) verwoord. De datum van overgang van de exploitatie, de 'change of control', is bepalend. Die lag na faillissementsdatum. Dat sluit ook aan bij de term 'overgang'. Bovendien kon Heiploeg-oud, zo de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. al voor faillissementsdatum (nagenoeg) rond was, de overeenkomst zelf niet nakomen. Na faillissementsdatum was deze immers beschikkingsonbevoegd. Conclusie is dat artikel 7:666 BW van toepassing is op de in geding zijnde overgang van de ondernemingen. Dat staat aan toepasselijkheid van artikel 7:663 e.v. BW in de weg. Volgt afwijzing van de vorderingen van de bonden.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 28-07-2015

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2015:3589

Zaaknummer: 4173357 \ CV EXPL 15-2564

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: A.M.M. Broos, J. Ipenburg, I. Spinath en B.D. Nollen

Wetsartikelen: 7:666 BW