

RECHTSPRAAK

X c.s./Bogra Uitvaartkisten B.V.

De situatie in de Bogra-zaak wijkt wezenlijk af van de situatie in Smallsteps. Voor analoge toepassing van Smallsteps is geen aanleiding. Er is geen sprake van een overgang van onderneming.

Feiten

In mei 2017 is het concern waar Bogra toe behoorde in grote financiële problemen geraakt. Op 22 juni 2017 heeft Bogra met mr. G.A. de Wit een overeenkomst gesloten tot inschakeling van een zogenoemde 'stille bewindvoerder'. De Wit heeft deze overeenkomst op 23 juni 2017 beëindigd. In de periode van 22 juni 2017 tot en met 26 juni 2017 is er in het kader van besprekingen over een eventuele overname van Bogra herhaaldelijk contact geweest tussen Bogra en de Belgische investeringsmaatschappij Funico. Bij beschikking van 28 juni 2017 is aan Bogra surseance van betaling verleend, waarbij eerdergenoemde De Wit als bewindvoerder is aangesteld. De surseance van betaling is bij vonnis van 30 juni 2017 omgezet in een faillissement van Bogra, met aanstelling van De Wit als curator. Bij brief van 30 juni 2017 heeft De Wit de arbeidsovereenkomsten met alle werknemers van Bogra opgezegd. Bogra Uitvaartkisten is opgericht op 17 juli 2017. 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 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. Bogra Uitvaartkisten heeft aan X c.s. meegedeeld dat zij niet bij haar in dienst worden genomen. Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter geoordeeld dat geen sprake is geweest van een *pre-pack* zoals bedoeld in *Smallsteps*. X c.s. komt hiertegen in hoger beroep.

Oordeel

Het hof overweegt dat de onderhavige situatie wezenlijk afwijkt van de situatie zoals deze zich voordeed in *Smallsteps*. Van een *pre-pack* in de zin van deze uitspraak is geen sprake. De op 22 juni 2017 gesloten overeenkomst tot stille bewindvoering was immers (al) op 23 juni 2017 beëindigd. Of er aanleiding is voor analoge toepassing van *Smallsteps* zal moeten worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Het hof is van oordeel dat niet uit de feiten blijkt dat in het onderhavige geval een tot in de kleinste details uitgewerkt plan klaar lag voor overdracht van de onderneming voordat Bogra failliet werd verklaard. Evenmin

was sprake van een uitvoering van de overdracht onmiddellijk na de faillietverklaring. Pas in de nacht van 17 op 18 juli 2017 is finale overeenstemming bereikt over de overdracht van de activa. En na het uitspreken van het faillissement van Bogra heeft Funico diverse, van elkaar verschillende, aanbiedingen gedaan. Reeds daaruit blijkt dat niet kan worden aangenomen dat reeds voorafgaand aan het faillissement met Funico overeenstemming zou zijn bereikt over de overdracht van de activiteiten. Vast staat dat de bestuurders van Bogra al vóór het faillissement hebben onderzocht of het zakelijk gezien interessant was om (delen van) de onderneming over te dragen aan een derde. Uit niets blijkt echter dat het verrichte onderzoek meer behelsde dan te bezien of de onderneming uit de boedel zou kunnen worden overgenomen. Voor een ruimere uitleg van *Smallsteps* ziet het hof in casu geen aanleiding, alleen al niet omdat geenszins is komen vast te staan dat met Funico voorafgaand aan het faillissement op hoofdlijnen overeenstemming over de overdracht van de (activa van) de onderneming was bereikt. Het hof is van oordeel dat uit *Smallsteps* niet blijkt dat het Hof van Justitie EU eerdere rechtspraak heeft willen verlaten. De vraag of een richtlijnconforme uitleg mogelijk is, zou aan de orde zijn wanneer niettegenstaande de tekst van artikel 7:666 lid 1 BW, ook na een faillissement overgang van onderneming in de zin van de richtlijn heeft plaatsgevonden. In casu is van een zodanige overgang geen sprake, zodat de vraag naar de mogelijkheid van een richtlijnconforme uitleg niet aan de orde is en derhalve onbeantwoord kan blijven. Het hof is voorts van oordeel dat niet kan worden aangenomen dat arbeidsovereenkomsten tussen partijen zijn ontstaan doordat X c.s. na de overdracht van de activa van Bogra door de curator aan Bogra Uitvaartkisten gedurende enkele uren of dagen hebben doorgewerkt.

Instantie: Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak: 10-07-2018

ECLI: ECLI:NL:GHAMS:2018:2339

Zaaknummer: 200.231.018/01

Rechters: G.C. Boot, A. van Zanten-Baris en F.J. Verbeek

Advocaten: N.C. Six-Scheffer en E. Jansberg

Wetsartikelen: 7:662 e.v. BW