

## In hoeverre is bij een doorstart in een faillissement sprake van overgang van onderneming?

Hof Amsterdam 10-07-2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339

### Instantie

Hof Amsterdam

### Datum

10 juli 2018

### Magistraten

Mrs. G.C. Boot, F.J. Verbeek, A. van Zanten-Baris

### Zaaknummer

200.231.018/01

### Vakgebied(en)

Arbeidsrecht / Arbeidsovereenkomstenrecht

Insolventierecht / Faillissement

Arbeidsrecht / Einde arbeidsovereenkomst

### Brondocumenten

ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, Uitspraak, Hof Amsterdam, 10â€7â€2018

### Wetgeving

Art. 7:662, 7:666 BW

## Essentie

**Doorstart. Overgang van onderneming. Smallsteps-arrest.**

**In hoeverre is bij een doorstart in een faillissement sprake van overgang van onderneming? Kan het Smallsteps-arrest analoog worden toegepast?**

## Samenvatting

*Bogra B.V. produceerde uitvaartkisten. In mei 2017 raakte Bogra in grote financiële problemen. Op 22 en 23 juni 2017 fungeerde een stille bewindvoerder. In de periode 22 tot en met 26 juni 2017 heeft Bogra overleg gepleegd met investeringsmaatschappij Funico N.V. over een eventuele overname. Op 28 juni 2017 is aan Bogra surseance van betaling verleend die op 30 juni 2017 is omgezet in een faillissement met de eerdere stille bewindvoerder als curator. Diezelfde dag heeft de curator de arbeidsovereenkomsten met alle werknemers van Bogra opgezegd. Verschillende partijen, waaronder Funico, hebben zich als mogelijke kandidaat voor de overname van Bogra gemeld. Op 17 juli 2017 heeft Funico Bogra Uitvaartkisten B.V. opgericht. Een dag later heeft een activa-transactie tussen de curator en Funico plaatsgevonden waarbij een deel van de activa van Bogra met ingang van 19 juli 2017 werd verkocht en overgedragen aan Funico en Bogra Uitvaartkisten. Bogra Uitvaartkisten heeft een deel van de werknemers van Bogra overgenomen, maar niet verzoekers. Met een beroep op het Smallsteps-arrest betogen verzoekers dat sprake is van een overgang van onderneming. Als gevolg daarvan zouden de arbeidsovereenkomsten van verzoekers van rechtswege zijn voortgezet door Bogra Uitvaartkisten. De kantonrechter acht geen overgang van de onderneming aanwezig, nu Bogra in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Van een pre-pack als bedoeld in Smallsteps was geen sprake.*

*Hof: De onderhavige situatie wijkt wezenlijk af van de situatie in het Smallsteps-arrest. 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. Nu de in het Smallsteps-arrest gestelde prejudiciële vragen expliciet zien op de situatie waarin sprake was van een pre-pack, kan niet uit het arrest worden afgeleid dat het overwogene onverkort ook van toepassing is in situaties waarin géén sprake is geweest van een pre-pack. Of er aanleiding is voor analoge toepassing van het Smallsteps-arrest zal moeten worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Niet 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. Uit de feiten kan niet worden afgeleid dat het hoofddoel van het faillissement de continuïteit van de onderneming was. Verder blijkt niet uit het Smallsteps-arrest dat het Hof van Justitie eerdere rechtspraak heeft willen verlaten.*

## Verwant oordeel

### Zie ook:

- HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, *RI 2017/70 (Smallsteps)*;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 (*Heiploeg*);
- Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*);
- Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, *RI 2018/10 (Bogra)*;
- N. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de prepack en WCO I', *Tvl 2018/6*;
- L.G. Verburg, 'Smallsteps en de ruimte voor een (voorbereide) doorstart uit faillissement', *TvC 2018/3*, p. 49-52.

### Zie anders:

- J.M.W. Pool, 'De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland', *Tvl 2018/39* en de daarin genoemde literatuur (onderdeel 4).

## Wenk

In de onderhavige beschikking lijken de grenzen van de *Smallsteps*-uitspraak van het Hof van Justitie te worden verkend. Uitgangspunt in Richtlijn 2001/23 en art. 7:662 e.v. BW is de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming. Die bescherming geldt niet bij een doorstart in faillissement (art. 7:666 lid 1 aanhef en onder a BW). Een uitzondering daarop maakte het Hof van Justitie in de *Smallsteps*-zaak.

### *Smallsteps*

In de *Smallsteps*-zaak was sprake van een zogenaamde 'warme' doorstart: een activatransactie op de dag van faillietverklaring. De transactie was volledig voorbereid door de vennootschap en de potentiële koper. In de laatste fase was een beoogd curator betrokken, een zogenaamde pre-pack. Volgens het Hof van Justitie kwalificeert zo'n pre-pack weliswaar als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure, maar niet een die is ingeleid met het oog op liquidatie en onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Nu niet aan voornoemde, cumulatieve vereisten is voldaan, geldt niet de mogelijkheid tot afwijking van de regeling ter bescherming van werknemers bij de overgang van onderneming. Gevolg is dat de doorstarter van rechtswege al het personeel overneemt. Dat maakt een doorstart langs de weg van een pre-pack minder aantrekkelijk.

### *Uitbreiding reikwijdte Smallsteps-arrest*

Ontslagen werknemers hebben in tenminste drie gevallen (*Tuunte*, *Bogra* en *Heiploeg*) geprobeerd de *Smallsteps*-beslissing op te rekken. De rechtspraak wil daar echter niet aan. In *Tuunte* en *Bogra* werd geoordeeld dat geen sprake was van een doorstart in een pre-pack. In *Heiploeg* was dat wel het geval. Toch werd niet analoog aan de *Smallsteps*-beslissing geoordeeld, omdat de definitieve overeenstemming over de activatransactie pas (een dag) na datum faillissement werd bereikt. De rechtspraak benadert de *Smallsteps*-uitsondering kennelijk restrictief.

### *Bogra*

In de onderhavige zaak oordeelde het hof dus dat weliswaar sprake was van een faillissementsprocedure, maar niet van een pre-pack. Van een met een pre-pack overeenkomende gang van zaken was volgens het hof evenmin sprake. Het hof oordeelt bovendien dat de faillissementsprocedure op liquidatie van het vermogen van de schuldenaar/vervreemder gericht is. Weliswaar leidt de doorstart tot een continuering van de onderneming, maar de doorstart is gericht op het verkrijgen van een zo hoog mogelijke opbrengst omdat grote crediteuren als de belastingdienst en de bank het vertrouwen in *Bogra* al hadden opgezegd. De twee doelen van een faillissementsprocedure – continuering van de onderneming en liquidatie van het vermogen – sluiten elkaar overigens ook niet altijd uit (zoals ook het HvJ in *Smallsteps* overweegt). In het onderscheid tussen beide doelen en de afweging daarvan is mogelijk een verschil met de *Smallsteps*-zaak gelegen. Bij een pre-pack als in *Smallsteps* gaat het primair om continuering van de onderneming en niet de liquidatie daarvan. De beslissing om te continueren wordt doorgaans genomen door de schuldenaar/vervreemder op een moment dat de (beoogd) curator nog niet betrokken is. Bij een doorstart in faillissement als in *Bogra* zal allereerst de curator onderzoeken of een doorstart wel het meeste voor de hand ligt (om een zo groot mogelijke opbrengst te realiseren). Van belang kan ook zijn geweest dat in *Smallsteps* de onderneming is voortgezet door (indirect) één van de grootaandeelhouders, terwijl in *Bogra* de voortzettende partij een derde was.

### *Afsluiting*

Anders dan in de literatuur naar aanleiding van het *Smallsteps*-arrest wel is bepleit (Zie anders), wil de rechtsspraak nog niet weten van de bescherming van werknemers bij een doorstart in faillissement, anders dan in gevallen (strikt) vergelijkbaar met *Smallsteps* (Zie ook). Daarvoor is wel wat te zeggen. Als een doorstarter van rechtswege met het al het personeel geconfronteerd wordt, zal een doorstart minder aantrekkelijk zijn. Dat doet afbreuk aan het reorganiserend vermogen van het faillissement als één van de oorzaken een te veel aan personeel lijkt.

J.A. Stal

## Partij(en)

Beschikking van de meervoudige burgerlijke kamer inzake,

1. [X],
2. [Verzoeker sub 2],
3. [Verzoeker sub 3],
4. [Verzoekster sub 4],
5. [Verzoeker sub 5],
6. [Verzoekster sub 6],

verzoekers, hierna gezamenlijk [X] c.s., advocaat: mr. N.C. Six-Scheffer te Amsterdam, tegen

Bogra Uitvaartkisten B.V., te Enkhuizen, verweerster, advocaat: mr. E. Jansberg te Eindhoven.

## Uitspraak

### Hof:

#### 1. Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna [X] c.s. en Bogra Uitvaartkisten genoemd.

[X] c.s. zijn bij verzoekschrift met bijlagen, ontvangen ter griffie van het hof op 9 januari 2018, onder aanvoering van tien grieven en aanbieding van bewijs in hoger beroep gekomen van de beschikking die de rechtbank Noord-Holland, sector kanton, locatie Alkmaar (hierna: de kantonrechter) onder bovenvermeld zaaknummer op 12 oktober 2017 heeft gegeven. Het beroepschrift strekt ertoe, zakelijk weergegeven, dat het hof de genoemde beschikking zal vernietigen en de verzoeken van [X] c.s. bij uitvoerbaar bij voorraad verklaarde beschikking alsnog zal toewijzen met veroordeling van Bogra Uitvaartkisten in de kosten van de procedure in beide instanties.

Op 30 maart 2018 is ter griffie van het hof een verweerschrift in hoger beroep van Bogra Uitvaartkisten ingekomen, inhoudende het verzoek de beschikking waarvan beroep te bekrachtigen met hoofdelijke veroordeling, uitvoerbaar bij voorraad, van [X] c.s. in de kosten van de procedure - naar het hof begrijpt - in hoger beroep.

Van [X] c.s. is op 17 mei 2018 een nadere productie ontvangen.

De mondelinge behandeling van het hoger beroep heeft plaatsgevonden op 25 mei 2018. Bij die gelegenheid heeft namens [X] c.s. mr. Six-Scheffer en namens Bogra Uitvaartkisten mr. Jansberg – beiden voornoemd – het woord gevoerd. Daarbij hebben beide advocaten zich bediend van aan het hof overgelegde aantekeningen. Partijen hebben inlichtingen verschaft. Uitspraak is bepaald op heden.

#### 2. Feiten

##### 2.1

De kantonrechter heeft in de bestreden beslissing onder 2.1 tot en met 2.18 een aantal feiten als in deze zaak vaststaand aangemerkt. Daarover bestaat geen geschil, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan. Die feiten behelzen, samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet (voldoende) betwist zijn komen vast te staan, het volgende.

##### 2.2

De besloten vennootschap Bogra B.V. (hierna: Bogra) is een onderneming die zich bezighield met de productie en levering van uitvaartkisten. Zij leverde deze kisten aan onder meer Dela Uitvaartverzorging (hierna: Dela).

##### 2.3

Bogra is een dochtervennootschap van de besloten vennootschap Bogra Beheer B.V., die op haar beurt eigendom was van de besloten vennootschap Rocca Holding B.V. (hierna: Rocca Holding). Bestuurders van Rocca Holding waren [Y] (hierna: [Y]) en [Z] (hierna: [Z]). Tot het concern behoorde verder de besloten vennootschap Rouwservice Nederland B.V. (hierna: RSN).

##### 2.4

[X] c.s. zijn allen als werknemer in dienst geweest bij Bogra.

##### 2.5

In mei 2017 is het concern waar Bogra toe behoorde in grote financiële problemen geraakt. In een e-mail van 30 mei 2017 van de belastingdienst aan de accountant van Rocca Holding, Mazars Paardekooper Hoffman B.V. (hierna: Mazars), is

meegedeeld dat het verder opschorten van invorderingsmaatregelen ten aanzien van belastingschulden niet meer aan de orde is vanwege de omvang van de schulden en omdat de financiële situatie van de onderneming is verslechterd en de financiële problemen van structurele aard zijn. In een notitie van Mazars van 30 mei 2017 wordt onder andere vermeld dat de directe schuld aan de belastingdienst € 850.000,00 bedraagt.

## 2.6

In een brief van 20 juni 2017 heeft ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO) aan Bogra medegedeeld dat voortzetting van de financiering aan de onderneming niet langer verantwoord wordt gevonden en dat de kredietfaciliteit in rekening-courant daarom met onmiddellijke ingang wordt opgezegd. Daarbij heeft ABN AMRO Bogra aangemaand om openstaande bedragen van de rekening-courant en leningfaciliteiten ter hoogte van € 462.549,38 en € 2.576.250,00 zo spoedig mogelijk terug te betalen.

## 2.7

Op 22 juni 2017 hebben Bogra en RSN enerzijds, en mr. G.A. de Wit (hierna: De Wit) te Alkmaar anderzijds, een overeenkomst gesloten tot inschakeling van een zogenoemde 'stille bewindvoerder'. De Wit heeft deze overeenkomst op 23 juni 2017 beëindigd.

## 2.8

Op 22 juni 2017 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie EU) uitspraak gedaan naar aanleiding van prejudiciële vragen van de kantonrechter van de rechtbank Midden-Nederland (zie: Hof van Justitie EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), hierna: *Smallsteps*). Daarbij is door de kantonrechter onder andere de vraag gesteld, kort weergegeven, of in geval van overdracht van een gefailleerde onderneming waar het faillissement is voorafgegaan door een zogenoemde *pre-pack*, de door de richtlijn 2001/23/EG (verder ook: de richtlijn) gegarandeerde bescherming van werknemers bij overgang van ondernemingen gehandhaafd blijft, en of artikel 7:666 lid 1, aanhef en onderdeel a van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) in dat licht (nog) wel richtlijnconform is. Het Hof van Justitie EU heeft op die vragen in r.o. 59 van *Smallsteps* geantwoord dat:

"(...) richtlijn 2001/23/EG, en met name artikel 5, lid 1, ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, 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*, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde 'beoogd curator' met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de *pre-pack* tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt."

## 2.9

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 N.V. (hierna: Funico). Funico is met name actief in de uitvaartbranche in België en Frankrijk. Funico heeft in deze periode de fabriek van Bogra bezocht en er zijn aan Funico verschillende bedrijfsgegevens van Bogra verstrekt. Ook hebben Bogra en Funico op 26 juni 2017 gezamenlijk gesproken met Dela.

## 2.10

Op 24 juni 2017 heeft een bijeenkomst plaatsgevonden waarbij [Y], [Z] en alle managers van Bogra en RSN aanwezig zijn geweest. Aan de aanwezige managers is door [Y] en [Z] een brief verstrekt waarin de volgende passage is opgenomen:

"Vanaf maandag zijn wij geen aandeelhouder meer en liggen de beslissingen bij de curator. De curator zal met potentiële overnemende partijen gaan onderhandelen om te zorgen dat er zo geruisloos mogelijk overgang plaats kan vinden naar nieuwe aandeelhouders. Omdat de rol van de kistenfabriek én serviceverlening vanuit RSN een dusdanige maatschappelijke rol hebben in de uitvaartbranche in Nederland blijft alles doordraaien. Continuïteit staat voorop. Aan jullie wordt gevraagd om zo goed mogelijk door te werken in het belang van de bedrijven maar vooral voor jezelf om een nieuw contract te krijgen bij de nieuwe eigenaren."

## 2.11

Bij beschikking van 28 juni 2017 van de rechtbank Noord-Holland is aan Bogra surseance van betaling verleend, waarbij eerdergenoemde De Wit als bewindvoerder is aangesteld en mr. K. van Dijk als rechter-commissaris.

## 2.12

De surseance van betaling is bij vonnis van 30 juni 2017 omgezet in een faillissement van Bogra, met aanstelling van De

Wit als curator en benoeming van mr. K. van Dijk tot rechter-commissaris. Ook RSN is op die datum failliet verklaard.

### 2.13

Bij brief van 30 juni 2017 heeft De Wit de arbeidsovereenkomsten met alle werknemers van Bogra, waaronder [X] c.s., opgezegd, met inachtneming van de kortst mogelijke opzegtermijn.

### 2.14

In de periode vanaf 30 juni 2017 hebben verschillende partijen, waaronder Funico, zich bij de curator gemeld als mogelijke kandidaat om de onderneming van Bogra over te nemen.

### 2.15

Op 13 juli 2017 is de oprichting van Bogra Uitvaartkisten in gang gezet. Bogra Uitvaartkisten is opgericht op 17 juli 2017 en ingeschreven in de Kamer van Koophandel op 18 juli 2017.

### 2.16

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.

### 2.17

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. De levering van de activa heeft plaatsgevonden op 19 juli 2017.

### 2.18

In het openbaar faillissementsverslag betreffende het faillissement van Bogra van 15 augustus 2017 wordt onder 6.1. over het verloop van de gebeurtenissen na het uitspreken van het faillissement onder andere het volgende opgemerkt:

“De bedrijfsactiviteiten van gefailleerde zijn uiteindelijk tot en met 19 juli 2017 vanuit de boedel voortgezet. Kort na datum faillissement hebben er zich 27 gegadigden voor een doorstart van alle of een gedeelte van de bedrijfsactiviteiten van Bogra (...) gemeld. (...) Na een lang en intensief onderhandelingstraject hebben deze onderhandelingen er uiteindelijk toe geleid dat de curator overeenstemming omtrent een doorstart heeft bereikt met (...) Funico N.V. (...). Na daartoe verkregen toestemming van de pandhouder en de rechter-commissaris heeft de curator van Bogra B.V. uiteindelijk aan de door Funico N.V. opgerichte nieuwe entiteiten, Bogra Uitvaartkisten B.V. en Funico Nederland B.V., het navolgende verkocht: alle kantoor- en bedrijfsinventaris, (...) alle intellectuele eigendomsrechten, (...) Aan Bogra Uitvaartkosten B.V. heeft de curator verkocht: (...) alle voorraden, (...) het volledige klantenbestand, (...) de goodwill, (...).”

### 2.19

Van de (ongeveer) 59 werknemers van Bogra zijn er (ongeveer) 37 door Bogra Uitvaartkisten in dienst genomen.

### 2.20

[X] c.s. 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.

### 2.21

Bogra Uitvaartkisten heeft in gesprekken op 18 juli 2017, 19 juli 2017 en 20 juli 2017 aan [X] c.s. meegedeeld dat zij niet bij haar in dienst worden genomen.

## 3. Beoordeling

### 3.1

[X] c.s. hebben in eerste aanleg de kantonrechter – na herhaalde wijzigingen – verzocht om – samengevat weergegeven – te verklaren voor recht dat zij bij Bogra Uitvaartkisten in dienst zijn getreden en dat de door Bogra Uitvaartkisten gedane opzegging van hun arbeidsovereenkomsten niet rechtsgeldig is, en Bogra Uitvaartkisten te veroordelen tot betaling van een transitievergoeding en een vergoeding wegens onregelmatige opzegging. Volgens [X] c.s. moet de overname van Bogra door Bogra Uitvaartkisten worden beschouwd als een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:663 BW. Voorts menen [X] c.s. dat ook indien geen sprake zou zijn van een overgang van onderneming arbeidsovereenkomsten tot stand zijn gekomen nu [X] c.s. feitelijk hun werkzaamheden hebben verricht en voortgezet voor Bogra Uitvaartkisten.

### 3.2

Bogra Uitvaartkisten heeft verweer gevoerd en geconcludeerd tot afwijzing van de verzoeken. Volgens Bogra Uitvaartkisten

is er – samengevat weergegeven – geen sprake van een overgang van onderneming, doet zich ook niet een situatie voor zoals in *Smallsteps* en is geen sprake van een voor het faillissement voorbereide *pre-pack*. Verder meent Bogra dat het enkele feit dat [X] c.s. na de overname op 18 juli 2017 hun werkzaamheden nog korte tijd hebben voortgezet niet meebrengt dat arbeidsovereenkomsten zijn ontstaan of aangegaan met Bogra Uitvaartkisten.

### 3.3

Bij de bestreden beschikking heeft de kantonrechter geoordeeld dat geen sprake is geweest van een *pre-pack* zoals bedoeld in *Smallsteps*. Een richtlijnconforme uitleg van artikel 7:666 lid 1, aanhef en onderdeel a BW brengt mee dat de artikelen 7:662 tot en met 7:665 BW niet van toepassing zijn op de overgang van de onderneming, nu Bogra in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Verder heeft de kantonrechter geoordeeld dat ervan moet worden uitgegaan dat [X] c.s. hun werkzaamheden op 18, 19 en 20 juli 2017 hebben verricht op basis van hun arbeidsovereenkomst met Bogra en niet op basis van een arbeidsovereenkomst met Bogra Uitvaartkisten.

### 3.4

Tegen de beslissing van de kantonrechter en de daaraan ten grondslag gelegde motivering komen [X] c.s. in hoger beroep op met 10 grieven.

### 3.5

De grieven 1 tot en met 3 en grief 5 zien op de reikwijdte en interpretatie van *Smallsteps*. [X] c.s. betogen dat de reikwijdte van *Smallsteps* zich niet beperkt tot het geval waarin de overgang van de onderneming plaatsvindt na de faillietverklaring in de context van een *pre-pack*. Voorts betogen [X] c.s. dat voor het oordeel dat sprake is van overgang van onderneming niet vereist is dat de overgang ‘tot in de kleinste details’ is voorbereid. Er lag, aldus [X] c.s. , een plan klaar voor overdracht. Er kan, alle feitelijke omstandigheden in ogenschouw nemende, volgens [X] c.s. geen andere conclusie worden getrokken dan dat reeds voorafgaand aan het faillissement van Bogra een overgang van onderneming is besproken, die na het faillissement is uitgevoerd. Dat bij deze overgang formeel geen sprake is geweest van uitvoering van een *pre-pack* is volgens [X] c.s. niet relevant nu aan de overige modaliteiten voor het aannemen van overgang van onderneming is voldaan.

### 3.6

In *Smallsteps* was een casus aan de orde waarin sprake was van een voorbereiding van de overdracht van de onderneming tot in de kleinste details, als gevolg waarvan de doorstart van de levensvatbare onderdelen van de onderneming onmiddellijk na de faillietverklaring kon worden uitgevoerd. De voorbereiding van de overdracht vond plaats in de context van een *pre-pack*. Voor een dergelijk geval heeft het Hof van Justitie EU overwogen dat de door de artikelen 3 en 4 van de richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft.

### 3.7

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, zoals ook [X] c.s. lijken te hebben erkend. De op 22 juni 2017 gesloten overeenkomst tot stille bewindvoering was immers (al) op 23 juni 2017 beëindigd. Nu de in *Smallsteps* gestelde prejudiciële vragen expliciet zien op de situatie waarin sprake was van een *pre-pack* kan niet uit het arrest worden afgeleid dat het overwogene ook in situaties waarin géén sprake is geweest van een *pre-pack* onverkort van toepassing is. Of er aanleiding is voor analoge toepassing van *Smallsteps* zal moeten worden beoordeeld aan de hand van alle omstandigheden van het geval.

### 3.8

Het hof is van oordeel dat – anders dan [X] c.s. betogen – 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. Door Bogra Uitvaartkisten gesteld en door [X] c.s. onvoldoende gemotiveerd betwist is dat (pas) in de nacht van 17 op 18 juli 2017 finale overeenstemming is bereikt over de overdracht van de activa. Door Bogra is gesteld en door [X] c.s. is onvoldoende gemotiveerd betwist dat na het uitspreken van het faillissement van Bogra, door Funico diverse, van elkaar verschillende, aanbiedingen zijn 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. Over de prijs die hiervoor zou moeten worden geboden en de overige voorwaarden waaronder de overdracht zou plaatsvinden was in deze fase nog geenszins overeenstemming bereikt.

### 3.9

Zoals reeds in r.o. 3.7 is geoordeeld, is in de onderhavige kwestie geen sprake geweest van een *pre-pack* in de zin van

*Smallsteps*. Voor een ruimere uitleg van *Smallsteps* als door [X] c.s. is bepleit, 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. Grieven 1 tot en met 3 en grief 5 falen.

### 3.10

Met grief 4 verzetten [X] c.s. zich tegen rechtsoverweging 5.12 van de kantonrechter dat de stelling van [X] c.s. dat de curator een 'rookgordijn' heeft opgetrokken om te 'verdoezelen' dat in werkelijkheid al voor het faillissement sprake was van overeenstemming met Funico niet kan worden gevolgd.

### 3.11

[X] c.s. stellen in hoger beroep dat het Bogra en Bogra Uitvaartkisten zijn geweest die bedoeld 'rookgordijn' hebben opgetrokken terwijl zij niet met zekerheid kunnen stellen welke rol de curator heeft gespeeld. Het hof is van oordeel, zoals reeds in r.o. 3.8. is overwogen, dat vóór het faillissement nog geen overeenstemming was bereikt met Funico zodat [X] c.s. geen belang hebben bij behandeling van deze grief aangezien deze grief niet tot een ander oordeel kan leiden. Grief 4 faalt derhalve.

### 3.12

Met grieven 6 tot en met 8 betogen [X] c.s. – samengevat – dat het Hof van Justitie EU met *Smallsteps* zijn eerdere rechtspraak heeft willen verlaten en dat richtlijnconforme interpretatie van art. 7:666 lid 1, aanhef en onderdeel a BW meebrengt dat moet worden gekeken naar het doel van de faillissements- of soortgelijke procedure. Volgens [X] c.s. was continuering van de onderneming in de onderhavige kwestie het hoofddoel en is het faillissement niet aangevraagd met het oog op liquidatie van het vermogen van de vennootschap. Richtlijnconforme interpretatie van artikel 7:666 lid 1, aanhef en onderdeel a BW leidt dan volgens [X] c.s. tot de conclusie dat sprake is van overgang van onderneming en dat de door de richtlijn beoogde bescherming van werknemers van toepassing is. [X] c.s. menen dan ook dat zij – anders dan de kantonrechter heeft geoordeeld in r.o. 5.25 van de bestreden beschikking – wel degelijk rechten kunnen ontleen aan artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23.

### 3.13

Verder geldt het volgende. In *Smallsteps* overweegt het Hof van Justitie EU dat het doel van de faillissements- of soortgelijke procedure niet altijd duidelijk is en dat een dergelijke procedure ook twee doelen kan dienen, te weten continuering van de onderneming en liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Deze doelen staan niet altijd lijnrecht tegenover elkaar en kunnen elkaar overlappen. In de onderhavige kwestie kan niet uit de feiten worden afgeleid dat het hoofddoel van het faillissement was de continuïteit van de onderneming. De enkele mededeling van [Y] en [Z] aan de managers van Bogra en RSN dat continuïteit voorop staat is daarvoor onvoldoende, de overige omstandigheden in aanmerking genomen. Het hof acht in dit verband van belang dat zowel de belastingdienst als de bank het vertrouwen in Bogra hadden opgezegd en dat de mededeling van [Y] en [Z] werd gedaan op 24 juni 2017, nog vóór de surseance van betaling op 28 juni 2017.

### 3.14

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. Grieven 6 tot en met 8 falen.

### 3.15

Met grief 9 betogen [X] c.s. dat tussen [X] c.s. en Bogra Uitvaartkisten arbeidsovereenkomsten tot stand zijn gekomen nu [X] c.s. na de overdracht door de curator aan Bogra Uitvaartkisten tijdens een 'zeepkistsessie' zijn toegesproken door de directeur van Bogra Uitvaartkisten, waarna [X] c.s. nog enige tijd hebben doorgewerkt voor de nieuwe eigenaar, onder diens gezag en toezicht.

### 3.16

Het hof is van oordeel dat niet is gesteld of gebleken dat sprake is geweest van een duidelijke wilsuiting van Bogra Uitvaartkisten waaruit blijkt dat aan [X] c.s. arbeidsovereenkomsten zijn aangeboden. 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. Dit geldt te meer nu tussen partijen niet ter discussie staat dat de directeur van Bogra Uitvaartkisten tijdens zijn toespraak te kennen heeft gegeven dat met alle werknemers afzonderlijk een gesprek zou worden gevoerd alvorens aan hen al dan niet een arbeidsovereenkomst zou

worden aangeboden. Onbetwist is verder dat [X] c.s voor de werkzaamheden die zij in de korte periode na de overdracht van de activa voor Bogra Uitvaartkisten hebben verricht, loon hebben ontvangen van het UWV, dat de loonbetalingsverplichting wegens het faillissement van Bogra had overgenomen. Gezien het vorenstaande kan niet worden geoordeeld dat tussen partijen arbeidsovereenkomsten tot stand zijn gekomen. Grief 9 faalt derhalve.

### 3.17

Met grief 10 leggen [X] c.s de beschikking van de kantonrechter van 12 oktober 2017 in volle omvang ter beoordeling aan het hof voor.

### 3.18

Aan grief 10 komt in het licht van het voorgaande geen zelfstandige betekenis toe. Grief 10 faalt derhalve eveneens.

### 3.19

Het hof komt tot de slotsom dat geen sprake is geweest van een *pre-pack* in de zin van *Smallsteps* en dat voor analoge toepassing van *Smallsteps* geen aanleiding is. Dit leidt tot het oordeel dat artikel 7:666 lid 1, aanhef en onderdeel a BW in de onderhavige kwestie onverminderd van toepassing is en dat geen sprake is van overgang van onderneming. Het hof ziet geen aanleiding om hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EU. Niet kan worden geoordeeld dat er na de overdracht van (de activa van) de onderneming door de curator aan Bogra Uitvaartkisten arbeidsovereenkomsten tussen partijen tot stand zijn gekomen.

### 3.20

Aan het - niet-gespecificeerde - bewijsaanbod van [X] c.s. wordt voorbijgegaan aangezien dit niet kan leiden tot een ander oordeel.

### 3.21

Dit alles leidt tot de slotsom dat het hoger beroep faalt en dat de bestreden beschikking moet worden bekrachtigd. Als in het ongelijk te stellen partij worden [X] c.s. hoofdelijk veroordeeld in de kosten van de procedure in hoger beroep.

## 4. Beslissing

Het hof:

bekrachtigt de bestreden beslissing;

veroordeelt [X] c.s. hoofdelijk in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot deze kosten, voor zover tot heden aan de zijde van Bogra op € 726,00 aan verschotten en € 2148,00 aan salaris en op € 157,- voor nasalaris, te vermeerderen met € 82,- voor nasalaris en de kosten van het betekeningsexploot ingeval betekening van deze beschikking plaatsvindt;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad.