

## Is bij een doorstart in faillissement sprake van overgang van onderneming?

Hof Arnhem-Leeuwarden 30-11-2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9900

**Instantie**

Hof Arnhem-Leeuwarden

**Datum**

30 november 2020

**Magistraten**

Mrs. W.P.M. ter Berg, J.H. Kuiper, J. Schulp

**Zaaknummer**

200.278.044/001

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**JCDI**

JCDI:ADS252074:1

**Vakgebied(en)**

Insolventierecht / Faillissement

Ondernemingsrecht / Rechtspersonenrecht

**Brondocumenten**

ECLI:NL:GHARL:2020:9900, Uitspraak, Hof Arnhem-Leeuwarden, 30-11-2020

**Wetgeving**

Art. 7:662, 7:666 BW

### Essentie

**Doorstart. Overgang van onderneming.**

**Is bij een doorstart in faillissement sprake van overgang van onderneming?**

### Samenvatting

*Vleems Bakery B.V. en Vleems Food B.V. zijn 27 juni 2019 failliet verklaard. Op 8 juli 2019 heeft de curator de activa van de gefailleerde ondernemingen overgedragen aan Vleems Bakery B.V. (nieuw). Vleems Bakery (nieuw) verhuurde vervolgens een productielijn aan het eveneens nieuwe Vleems Convenience B.V. Zowel Vleems Bakery (nieuw) als Vleems Convenience namen een deel van het personeel van de gefailleerde ondernemingen over; een deel van het personeel werd niet overgenomen. De bestuurder van de gefailleerde ondernemingen is ook bestuurder van Vleems Bakery (nieuw). FNV stelt dat met het faillissement een voortzetting van de onderneming werd beoogd, zodat sprake zou zijn van overgang van onderneming. Als gevolg daarvan zouden alle werknemers zijn overgegaan naar Vleems Bakery (nieuw) en/of Vleems Convenience. De kantonrechter oordeelde echter dat de faillissementsuitsondering van art. 7:666 BW geldt.*

*Hof: Op grond van het Smallsteps-arrest moet de faillissementsuitsondering bij overgang van onderneming strikt worden uitgelegd. De vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure met het oog op liquidatie van zijn vermogen onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (bijvoorbeeld een curator). Als het hoofddoel voortzetting van de activiteit van de onderneming is, geldt de faillissementsuitsondering in beginsel niet. Uitgangspunt in het Nederlandse faillissementsrecht is liquidatie van het vermogen. Liquidatie kan gediend zijn bij voortzetting van de onderneming. FNV heeft onvoldoende onderbouwd dat sprake is geweest van een voorbereide doorstart en daarmee een overgang van onderneming. De feiten wijzen in de richting van een door de curator zelfstandig ingezette en door de bank met een boedelkrediet ondersteunde wijze van afwikkeling van het faillissement, zonder enig voorafgaand aan het faillissement opgesteld doorstartplan. De curator heeft een biedingsproces gestart. Daarin hebben zich drie kandidaten, onder wie Vleems Bakery (nieuw), gemeld. De curator heeft met instemming van de rechter-commissaris aan Vleems Bakery (nieuw) gegund.*

### Verwant oordeel

## Zie ook:

- HvJ EU 16 mei 2019, *RI 2020/43 (Plessers)*;
- HvJ EU 22 juni 2017, *RI 2017/70 (Smallsteps)*;
- HR 29 mei 2020, *RI 2020/53* (prejudiciële vragen inz. *Heiploeg*);
- Hof Amsterdam 10 juli 2018, *RI 2018/75 (Bogra)*;
- 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, *RI 2018/10 (Bogra)*;
- N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de prepack en WCO I', *TvI 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', *TvI 2018/39* en de daarin genoemde literatuur (onderdeel 4);
- Ph.W. Schreurs, 'De gelieerde doorstart na het Heiploeg-arrest', *TvI 2020/28*.

## Wenk

In het *Smallsteps*-arrest (zie onder 'Zie ook') heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie de voorwaarden voor de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming restrictief uitgelegd. De betreffende overgang vond plaats in een *pre pack*-situatie. Niettemin vreest de praktijk voor een beperktere toepassing van de faillissementsuitzondering, ook bij een doorstart buiten een *pre pack*-situatie. Die vrees is in de lagere rechtspraak echter nog niet bewaarheid geworden. De faillissementsuitzondering is tot nog toe gehandhaafd in situaties waarin van een *pre pack* geen sprake was (*Tuunte* en *Bogra*, zie ook). In *Heiploeg* (zie ook) werd de faillissementsuitzondering ondanks de *pre pack* toch toegepast. In de onderhavige uitspraak speelt een *pre pack* niet. Net als in *Tuunte* en *Bogra* gaan kantonrechter en hof ervan uit dat de faillissementsuitzondering van toepassing is.

De faillissementsuitzondering geldt slechts, indien de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure met het oog op de liquidatie van het vermogen onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (zoals een curator). Het Hof van Justitie overweegt dat de *pre pack* a priori op voortzetting van de onderneming is gericht en daarom de faillissementsuitzondering in beginsel niet rechtvaardigt. Het overweegt echter ook dat liquidatie van het vermogen van de onderneming gebaat kan zijn bij voortzetting van de activiteit van de onderneming (de doorstart). Van belang is het hoofddoel van de doorstart (vgl. *Plessers*, zie onder 'Zie ook').

In het *Heiploeg*-arrest heeft de Hoge Raad het Hof van Justitie prejudiciële vragen over het hoofddoel gesteld (zie ook). Omdat het hof in deze zaak meent dat de faillissementsprocedure niet is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteit mogelijk te maken, is er geen aanleiding beantwoording door het Hof van Justitie af te wachten.

Bij de beoordeling van FNV's stelling dat met het faillissement voortzetting van de onderneming werd beoogd, speelt voor het hof kennelijk een (doorslaggevende) rol dat de curator, door de bank van een boedelkrediet voorzien, na aanvang van het faillissement een biedingsproces is gestart. Daaraan namen drie kandidaten deel. Uiteindelijk heeft de curator, met instemming van rechter-commissaris, voor een doorstart door de zittende bestuurder gekozen. Doel was verkoop in het kader van de liquidatie. Het hof achtte niet bewezen dat de faillissementsprocedure (door de schuldenaar) was ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteit mogelijk te maken. Voortzetting was kennelijk de beslissing van de curator in het kader van de liquidatie van het vermogen ten behoeve van de schuldeisers. Het hof vond het kennelijk niet bezwaarlijk dat de doorstarter de DGA van de schuldenaar was. Daardoor was de doorstart er een aan een zogenaamde gelieerde partij. De persoon van de doorstarter lijkt bij de beoordeling van het karakter van de doorstart wel een rol te spelen, zie de Hoge Raad inzake *Heiploeg*, alsmede de observaties van Schreurs daarover (zie ook).

J.A. Stal

## Partij(en)

Beschikking in de zaak van

Federatie Nederlandse Vakbeweging, te Utrecht, verzoekster in het hoger beroep, in eerste aanleg: verzoekster, hierna: FNV, advocaat: mr. A.A.M. Broos,

tegen

1. Vleems Bakery International B.V., te Emmen,
2. Vleems Convenience Snacks B.V., te Oss,

verweersters in het hoger beroep, in eerste aanleg: verweersters, hierna gezamenlijk: Vleems c.s. en individueel Vleems Bakery respectievelijk Vleems Convenience, advocaat: mr. A.W. Hooijen.

## Uitspraak

## **Hof, locatie Leeuwarden:**

### **1. Het verloop van deze procedure**

#### **1.1**

FNV heeft hoger beroep ingesteld van de beschikking van 29 januari 2020 van de kantonrechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen.

#### **1.2**

In hoger beroep is de procedure begonnen met de ontvangst door de griffie op 28 april 2020 van het beroepschrift (met bijlagen) van FNV. In het verzoekschrift was opgenomen een verzoek tot aanhouding van de zaak. Vleems c.s. hebben daarop bij akte van 9 juni 2020 gereageerd. Het verzoek is afgewezen. Daarop hebben Vleems c.s. een verweerschrift ingediend. Door FNV zijn vervolgens nog producties (19 tot en met 32) in het geding gebracht.

#### **1.3**

Op 11 november 2020 heeft een mondelinge behandeling plaats gevonden. Mrs Broos en Hooijen hebben gepleit conform door hen overgelegde aantekeningen. Vervolgens heeft het hof beschikking bepaald op basis van de hiervoor genoemde processtukken en het proces-verbaal van de zitting.

### **2. Waar gaat deze zaak over?**

#### **2.1**

Op 27 juni 2019 zijn Vleems Bakery B.V. (NB: dus een andere vennootschap dan verweerster onder 1) en Vleems Food B.V. failliet verklaard. Op 8 juli 2019 heeft de curator in die faillissementen een overeenkomst gesloten met Vleems Bakery. Daarbij zijn de activa van beide gefailleerde vennootschappen verkocht aan Vleems Bakery. Een deel van de door de beide gefailleerde vennootschappen gedreven onderneming is vervolgens voortgezet door Vleems Bakery en Vleems Convenience. De vraag is nu of de feitelijke gang van zaken de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van een overgang van de onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW e.v., met als gevolg dat de rechten en verplichtingen van de twee gefailleerde vennootschappen ten aanzien de in dienst zijnde werknemers zijn overgegaan op Vleems Bakery en/of Vleems Convenience.

#### **2.2**

De kantonrechter kwam tot de conclusie dat van overgang van de onderneming geen sprake is geweest omdat zich de uitzonderingssituatie van artikel 7:666 BW voordeed, te weten dat de werkgever in staat van faillissement was verklaard en de onderneming tot de boedel behoorde.

#### **2.3**

Het hof onderschrijft dat oordeel. De motivering daarvan is hierna opgenomen.

### **3. De feiten**

#### **3.1**

Het hof gaat uit van de volgende feiten.

#### **3.2**

Vleems Bakery B.V. en Vleems Food B.V. waren vennootschappen (werkmaatschappijen) waarin een onderneming werd gedreven die zich bezig hield met de productie van voedingsmiddelen. Deze beide vennootschappen worden hierna gezamenlijk ook wel aangeduid als de gefailleerde ondernemingen.

#### **3.3**

Er waren nog drie andere Vleemsvennootschappen, namelijk: Vleems Beheer B.V., Vleems Holding B.V. en De Vleems Groep B.V. Deze drie vennootschappen hielden zich bezig met houdsteractiviteiten en worden hierna aangeduid als de "houdstervenootschappen".

#### **3.4**

Vleems Bakery B.V. en Vleems Food B.V. zijn op 27 juni 2019 failliet verklaard. De houdstervenootschappen zijn op 8 augustus 2019 failliet verklaard.

#### **3.5**

Op 8 juli 2019 heeft de curator een activa-overeenkomst met Vleems Bakery gesloten. Alle activa van de gefailleerde ondernemingen zijn daarbij overgedragen aan Vleems Bakery. Er zijn ongeveer 40 werknemers van de gefailleerde ondernemingen bij Vleems Bakery in dienst getreden en ongeveer 20 bij Vleems Convenience, aan welk bedrijf Vleems Bakery één productielijn had verhuurd. De resterende werknemers van de gefailleerde ondernemingen (ongeveer 17) zijn niet in dienst getreden bij Vleems Bakery of Vleems Convenience.

### 3.6

Vleems Bakery houdt zich, net zoals Vleems Bakery B.V. dat deed, bezig met de productie van hoofdzakelijk Amerikaans kleinbrood ('buns', de broodjes voor hamburgers en hotdogs). Daarnaast produceert zij tosti's, wat voorheen door Vleems Food B.V. gebeurde.

Vleems Convenience huurt 2 productielijnen van het voormalige Vleems Food B.V. en produceert daarmee diverse snacks.

### 3.7

Bestuurder van Vleems Bakery is [A], die voorheen bestuurder was van de gefailleerde vennootschappen.

## 4. De beoordeling

### Ontvankelijkheid

#### 4.1

Gedingen die betrekking hebben op het einde van de arbeidsovereenkomst (Boek 7, titel 10, afdeling 9 BW) worden ingeleid met een verzoekschrift (artikel 7:686a lid 2 BW). In deze zaak komt FNV onder andere op tegen de opzegging van de arbeidsovereenkomsten met de werknemers van de gefailleerde ondernemingen. Het geding heeft dus mede betrekking op het einde van de arbeidsovereenkomsten en kon daarom met een verzoekschrift aanhangig worden gemaakt. De niet op het einde van de arbeidsovereenkomst ziende onderdelen van het verzoek van FNV houden verband met de zojuist genoemde opzegging. Om die reden konden ook die vorderingen met een verzoekschrift aanhangig worden gemaakt (artikel 7:686a lid 3 BW).

#### 4.2

Voor wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst kent de wet vorderingsrechten toe aan een werknemer. In dit geding treden echter geen werknemers op als verzoeker maar FNV. FNV verklaart haar positie als verzoekster met een beroep op artikel 3:305a BW (collectieve actiebevoegdheid). Uit de door FNV gegeven toelichting blijkt dat zij niet optreedt ter behartiging van een eigen belang van FNV, maar ter behartiging van de belangen van de werknemers van de gefailleerde ondernemingen, in het bijzonder diegenen onder hen die lid zijn van FNV. Dat de werknemers zelf geen partij zijn vormt bij die stand van zaken geen belemmering voor ontvankelijkheid.

#### 4.3

De slotsom op dit onderdeel is dat FNV ontvankelijk is in het hoger beroep en in de in eerste aanleg ingestelde vorderingen.

### Gezamenlijke behandeling beroepsgronden

#### 4.4

FNV heeft zes beroepsgronden aangevoerd. Die lenen zich voor gezamenlijke behandeling omdat in alle zes aan de orde is de stelling dat sprake is van de overgang van een onderneming en aldus de beschikking van de kantonrechter in volle omvang aan (her)beoordeling in hoger beroep wordt onderworpen.

### Juridisch kader

#### 4.5

In de artikelen 7:662 tot en met 7:665 BW is, kort gezegd, bepaald dat in geval van "overgang" van een onderneming de rechten en verplichtingen die gelden tussen de werkgever en een in die onderneming werkzame werknemer van rechtswege overgaan op de verkrijger. In artikel 7:666 aanhef en sub a BW is bepaald dat voornoemde artikelen niet van toepassing zijn indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

#### 4.6

De artikelen 7:662 tot en met 7:666 BW zijn ingevoerd ter uitvoering van de Europese richtlijnen inzake het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, inmiddels richtlijn 2001/23/EG. De rechter moet artikel 7:666 aanhef en sub a BW zoveel mogelijk uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van richtlijn 2001/23/EG, om het hiermee beoogde resultaat te bereiken. De door de richtlijn geboden bescherming houdt in de kern in dat bij overgang van onderneming arbeidsvoorwaarden behouden blijven (artikel 3) en de overgang op zichzelf geen reden tot ontslag vormt,

behoudens ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen (artikel 4).

#### 4.7

Artikel 5 lid 1 van richtlijn 2001/23/EG luidt:

“Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van onderneming (...) wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).”

#### 4.8

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) heeft in het arrest Smallsteps<sup>11</sup> geoordeeld dat de in artikel 5 lid 1 van de richtlijn neergelegde uitzondering van de in de beide daaraan voorafgaande artikelen omschreven hoofdregel, strikt moet worden uitgelegd.

De uitzondering is slechts van toepassing als is voldaan aan alle drie de in artikel 5 omschreven voorwaarden, te weten:

1. de vervreemder moet ten tijde van de overgang verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure;
2. deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de onderneming (en niet om de onderneming te kunnen continueren) en;
3. de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie.

#### 4.9

In het (op de Nederlandse faillissementsprocedure betrekking hebbende) Smallsteps-arrest was sprake van een zogenaamde pre-pack. Een pre-pack beoogt tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming. Doel is op die manier de onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van de onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven. In die situatie oordeelde het Hof van Justitie dat de faillissementsuitsondering zich niet voordeed.

#### 4.10

De motivering van dat oordeel is dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt “*vanzelfsprekend niet*” voldoet aan het vereiste (hiervoor onder 4.8 sub 2 genoemd) dat de procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder wordt ingeleid. Daarop laat het Hof van Justitie volgen:

#### “48

Wat de verschillen tussen die twee soorten procedures betreft, moet worden opgemerkt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 57 en 58 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming.  
(...)

#### 51

Gezien de vaststelling in punt 48 van dit arrest, kan de omstandigheid dat de pre-pack tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, niet tot gevolg hebben dat deze hierdoor een procedure wordt die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.”

#### 4.11

In de onderhavige zaak is (daarover verschillen partijen niet van mening) een zogenaamde pre-packsituatie niet aan de orde: van een stille voorbereidingsfase van de faillissementen met aanwijzing door de rechtbank van een beoogd rechter-commissaris en een beoogd curator is immers geen sprake. In zoverre is de situatie dus niet vergelijkbaar met de Smallstepszaak.

### Nadere juridische inkadering

#### 4.12

Uit het voorgaande blijkt dat het HvJEU onderkend heeft dat sprake kan zijn van overlapping tussen het doel van voortzetting van de activiteit van de onderneming en dat van liquidatie van het vermogen van de onderneming. Waar het om

gaat is of de faillissementsprocedure is ingeleid met als "hoofddoel" de voortzetting van de activiteit van de onderneming. Als dat het geval is geldt de faillissementsuitzondering (van artikel 7:666 aanhef en sub a BW) niet en moet worden uitgegaan van toepasselijkheid van de regels voor overgang van een onderneming.

#### 4.13

Tegen deze achtergrond bezien zal moeten worden onderzocht of de feiten in deze zaak de conclusie kunnen rechtvaardigen dat de faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteit mogelijk te maken ("voorbereide doorstart"). De door FNV genoemde feiten en omstandigheden zullen daarbij afzonderlijk worden bezien, maar uiteindelijk zal de beoordeling moeten worden gemaakt op basis van het onderling verband tussen alle behandelde feiten en omstandigheden.

#### 4.14

Daarbij past overigens nog wel de volgende kanttekening. Indien het feitenonderzoek de conclusie zou rechtvaardigen dat de faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteit mogelijk te maken rijst nog wel de vraag of daarmee is vastgesteld dat het "hoofddoel" van de procedure inderdaad die voortzetting was en niet de liquidatie van het vermogen van de onderneming. Wettelijk uitgangspunt van de Nederlandse faillissementsprocedure is liquidatie van het vermogen. Die liquidatie kan gediend zijn met voortzetting van de onderneming omdat deze een voor de schuldeisers gunstiger resultaat kan hebben in vergelijking tot de situatie dat de bedrijfsactiviteit niet wordt voortgezet. Die vraag naar het hoofddoel is inzet van de prejudiciële vragen die de Hoge Raad in de Heiploegzaak aan het HvJEU heeft gesteld.<sup>[2]</sup> Als deze situatie (faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteit mogelijk te maken) zich blijkt voor te doen is het, ter voorkoming van uiteenlopende rechterlijke beslissingen, verstandig om het uiteindelijke oordeel van de Hoge Raad in die Heiploegzaak af te wachten.

#### **Van een voorbereide doorstart is geen sprake**

#### 4.15

Het hiervoor in overweging 4.13 aangekondigde feitenonderzoek begint met de vaststelling dat FNV in hoger beroep (opnieuw) een aantal feiten en omstandigheden heeft genoemd op grond waarvan in haar visie de conclusie gerechtvaardigd is dat met het faillissement een (goedkopere, gereorganiseerde) voortzetting van de onderneming werd beoogd. Ter onderbouwing van haar standpunt voert zij het volgende aan:

- a) er is sprake geweest van een eigen faillissementsaanvraag; niet gebleken is van serieuze en acute betalingsonmacht jegens crediteuren op het moment van de faillissementsaanvraag (de faillissementsaanvraag is ook zonder bijzondere inhoudelijke toetsing door de rechtbank gehonoreerd);
- b) er is voorafgaand aan de faillissementsaanvraag door de gefailleerde ondernemingen met adviseurs gesproken over een doorstart;
- c) er is al op de eerste dag na de faillietverklaring een inhoudelijk en uitgewerkt bod door een van de Vleems-entiteiten gedaan, dat was voorbereid en dat beoogde de onderneming going concern voort te zetten;
- d) de onderneming is ononderbroken voortgezet door de curator tijdens het door hem gestarte biedingsproces, waarin al na iets meer dan een week de keuze op Vleems Bakery viel;
- e) de huisbankier van Vleems (ABN AMRO) heeft direct een boedelkrediet van € 198.000,- ter beschikking gesteld, waaruit kan worden afgeleid dat zij ook haar pijlen had gericht op voortzetting van de onderneming;
- f) de bestuurder van zowel de gefailleerde ondernemingen als Vleems Bakery is de heer [A], die de medewerkers ook voortdurend, vanaf de faillissementsaanvraag, heeft voorgehouden dat gezocht werd naar een doorstartmogelijkheid en dat het de bedoeling was om het bedrijf te continueren;
- g) de bestuurder, de heer [A], heeft in de lokale media bevestigd dat de onderneming, althans de productie, groeide, doch dat hij graag grotere stappen wilde zetten, wat door de beperkte financieringsmogelijkheden werd gedwarsboemd;
- h) het grootste deel van de werknemers heeft zijn baan behouden, conform de bedoeling van (de directie van) de gefailleerde ondernemingen en Vleems Bakery, dit in de vorm van een nieuwe arbeidsovereenkomst, die kwalificeert als een voortgezet dienstverband, nu Vleems Bakery en Vleems Convenience als opvolgend werkgever moeten worden aangemerkt.

Op deze aspecten van de zaak wordt hierna ingegaan.

#### **Ad a: eigen aanvraag**

#### 4.16

Het uitspreken van een faillissement op eigen aangifte van het bestuur van een vennootschap is geen ongebruikelijke situatie en hoeft niet te wijzen op een boogde doorstart. Voldoende onderbouwd door de gefailleerde ondernemingen is dat wel degelijk sprake was van serieuze en acute betalingsonmacht. Onvoldoende weersproken is door de gefailleerde

ondernemingen in dat verband aangevoerd dat zij al meer dan een half jaar ressorteerden onder de afdeling "Bijzonder Beheer" van de bank (ABN AMRO) en dat de bank noodzakelijke extra financiering weigerde te verstrekken. In de e-mail van de bank aan de gefailleerde ondernemingen van 21 juni 2019 wordt daarover, kort weergegeven, opgemerkt dat sprake was van een "*acuut liquiditeitstekort van EUR 1.400.000,-*" en dat de bank weigerde de toen gevraagde (binnen één week nadien ter beschikking te stellen) financiering van € 800.000,- te verstrekken. Ook de aandeelhouders weigerden, aldus is nog opgemerkt door de heer [A] ter zitting in hoger beroep, dit bedrag ter beschikking te stellen.

#### **Ad b: advies over doorstart**

##### **4.17**

Uit de al genoemde e-mail van de bank van 21 juni 2019 blijkt ook dat het bedrijf Uno in 2018 de ondernemingen heeft doorgelicht en dat dit tot een rapport van september 2018 heeft geleid. In dat rapport waren aanbevelingen gedaan voor aanpassing van de bedrijfsvoering, in het bijzonder verkoop van het productievolume van Vleems Food B.V. Gebleken was echter dat die aanbevelingen niet opgevolgd waren en/of konden worden. Uit niets blijkt dat die aanbevelingen voorzagen in een doorstart in of vanuit de (negen maanden na uitbrengen rapport) bestaande acute financiële onmachtsituatie en/of in dan wel vanuit een faillissement.

#### **Ad c: bod**

##### **4.18**

Onvoldoende weersproken is de door de Vleems c.s. geschetste situatie. Die hield in dat voorafgaand aan het faillissement advocaten van Trip Advocaten zijn ingeschakeld door de gefailleerde ondernemingen. De opdracht was die ondernemingen te begeleiden naar een (onvermijdelijke) faillissementsaanvraag. Na het uitspreken van het faillissement heeft Vleems Bakery de advocaten van Trip Advocaten opdracht gegeven een bod op de activa uit te brengen. Dat is vervolgens daags na het faillissement gebeurd. Dat sprake was van een uitgewerkt plan voor een doorstart is onvoldoende onderbouwd. FNV beroept zich in dit verband op mededelingen van de curator aan haar. Die mededelingen heeft FNV vastgelegd in haar brief aan de curator van 11 september 2019:

"Zo gaf u aan dat u op 28 juni jl. werd benaderd door Trip Advocaten namens de uiteindelijke koper en dat aan u op diezelfde dag nog plan voor een doorstart en een bod op de activa is gepresenteerd, zodat direct een doorstart kon worden gerealiseerd."

De curator heeft (in zijn antwoord aan FNV van 12 september 2019) de weergave van zijn mededelingen aan FNV in de brief van 11 september 2019 "in hoofdlijnen" correct genoemd, maar uit deze correspondentie kan niet worden afgeleid dat aan de curator een (ook maar enigszins) uitgewerkt plan voor een doorstart is gepresenteerd, laat staan dat al voor de aanvraag van het faillissement daarvan sprake was. Dat is door Vleems Bakery bovendien gemotiveerd betwist.

#### **Ad d en e: voortzetting onderneming, keuze voor Vleems Bakery en boedelkrediet**

##### **4.19**

De curator heeft een boedelkrediet aangevraagd (en verkregen). De onderneming is door hem met behulp daarvan tijdelijk voortgezet kunnen worden en als 'going concern' verkocht. Die verkoop vond plaats nadat de curator een biedingproces had gestart. Daarin meldden zich drie kandidaten, onder wie Vleems Bakery. Voor de uiteindelijke gunning was Vleems Bakery geheel afhankelijk van de curator en de instemming van de rechter-commissaris. Dit alles is niet in geschil.

##### **4.20**

Waar het om gaat is of die feiten erop duiden dat het faillissement is voorbereid met een doorstartplan. Dat blijkt echter niet uit die feiten. Die wijzen slechts in de richting van een door de curator zelfstandig ingezette en door de bank met een boedelkrediet ondersteunde wijze van afwikkeling van het faillissement, zonder enig voorafgaand aan het faillissement opgesteld doorstartplan.

#### **Ad f: mededelingen van de heer [A]**

##### **4.21**

De heer [A] was inderdaad bestuurder van de gefailleerde ondernemingen en werd na faillissement bestuurder van Vleems Bakery. Onvoldoende onderbouwd is dat hij voorafgaand aan het faillissement concrete mededelingen heeft gedaan op de werkvloer over een doorstartplan.

##### **4.22**

In de lokale media heeft [A] bevestigd dat de onderneming, althans de productie, groeide, doch dat hij graag grotere stappen wilde zetten, wat door de beperkte financieringsmogelijkheden werd gedwarsboemd. Die mededeling spoot met wat in de e-mail van de bank van 21 juni 2019 is opgenomen, maar wijst niet op het voorbereid zijn van een doorstart.

## Ad h: feitelijke overname werknemers

### 4.23

Door Vleems Bakery is erkend dat het grootste deel van de werknemers weer in dienst is getreden bij haar en/of Vleems Convenience. Niet onderbouwd is echter dat daaraan een doorstartplan ten grondslag lag. Die situatie past ook heel goed in het scenario van verkoop door de curator.

### 4.24

Omdat de stellingen van FNV over een voorbereide doorstart mede in het licht van het gemotiveerde verweer van de gefailleerde ondernemingen, onvoldoende onderbouwd zijn bestaat voor bewijslevering geen aanleiding. Het bewijsaanbod van FNV wordt om die reden gepasseerd.

## Conclusie

### 4.25

Onvoldoende onderbouwd is dat van een voorbereide doorstart en daarmee van een overgang van de onderneming sprake is geweest en dat het faillissement niet onafwendbaar was. De faillissementsuitzondering van artikel 7:666 aanhef en sub a BW doet zich dus voor.

### 4.26

Nu niet is komen vast te staan dat de faillissementsprocedure is ingeleid om voortzetting van de bedrijfsactiviteit mogelijk te maken is het, ter voorkoming van uiteenlopende rechterlijke beslissingen, niet nodig om het oordeel van de Hoge Raad in de Heiploegzaak af te wachten.

## Tijdens faillissement ontwikkelde doorstart

### 4.27

FNV heeft ook nog gewezen op de mogelijkheid dat een doorstart weliswaar niet is voorbereid voorafgaand aan de uitspraak van het faillissement, maar niettemin feitelijk wel heeft plaats gevonden. Ook voor die situatie heeft zij betoogd dat het hoofddoel van de procedure was de voortzetting van de onderneming. Zij heeft die stelling onderbouwd met verwijzing naar het Plessersarrest van het HvJEU.<sup>[3.]</sup>

### 4.28

In die zaak ging het om een (Belgische) procedure tot gerechtelijke reorganisatie met het oog op de overdracht van (een deel van) de onderneming onder gerechtelijk gezag. Het HvJEU herhaalt in die zaak de Smallstepsriteria, daaronder begrepen het (tweede) criterium dat sprake moet zijn van een procedure die is *ingeleid met het oog op liquidatie* van de onderneming. De Belgische procedure in kwestie was nu juist ingeleid "*met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van Echo of haar activiteiten*". Aan het tweede Smallsteps criterium was (mede) daarom niet voldaan met als gevolg dat de faillissementsuitzondering niet van toepassing werd geoordeeld.

### 4.29

De zaak Plessers betrof dus een geheel andere procedure (gerechtelijke reorganisatie) dan de (Nederlandse) faillissementsprocedure. Reeds daarom kan aan dat arrest geen steun worden ontleend voor het standpunt van FNV.

### 4.30

Ook in de zaak Plessers wordt bovendien vastgehouden aan het criterium dat de procedure moet zijn ingeleid met het oog op voortzetting van de onderneming. Vastgesteld kan worden dat de curator pas bij de faillietverklaring is benoemd en voorafgaand daaraan geen bemoeienis heeft gehad met de gefailleerde ondernemingen. Vervolgens heeft hij de onderneming na faillietverklaring tijdelijk voortgezet. Na een biedingsprocedure is (gedeeltelijke) voortzetting daarvan mogelijk gemaakt door verkoop van de activa. In die situatie kan niet gezegd worden dat de faillissementsprocedure is *ingeleid met het oog op voortzetting* van de onderneming. De (gedeeltelijke) voortzetting van de onderneming is immers pas na faillietverklaring voorbereid en gerealiseerd. Ook indien ervan wordt uitgegaan dat in het moderne faillissementsrecht voortzetting van de onderneming een doel van het faillissement kan zijn is daarmee nog niet gezegd dat voortzetting een "hoofddoel" is geworden. Een andere uitleg zou de faillissementsuitzondering van artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG (in Nederland: artikel 7:666 aanhef en sub a BW) zinledig maken. Het is aan de wetgever, desgewenst, ook de overgang van een onderneming vanuit faillissement (maar zonder voorbereiding vooraf) onder het bereik van artikel 7:663 BW te brengen. Ook in de nu besproken situatie doet zich dus de faillissementsuitzondering voor.

## Overleggen documenten



#### 4.31

Tot slot moet nog behandeld worden het verzoek van FNV om Vleems c.s. te bevelen bepaalde documenten over te leggen. Het gaat dan om een businessplan en een brief aan ABN AMRO van 19 juni 2019.

#### 4.32

Onvoldoende weersproken is dat het gaat om documenten van de gefailleerde ondernemingen die niet in het bezit van Vleems c.s. zijn. Het verzoek wordt op die grond afgewezen.

### 5. De slotsom

#### 5.1

De slotsom is dat het hoger beroep niet gegrond is. De beschikking waarvan beroep wordt om die reden bekrachtigd.

#### 5.2

FNV is de in het ongelijk gestelde partij en wordt om die reden in de kosten daarvan veroordeeld. Die kosten worden als volgt begroot:

- griffierecht: € 760,-
- salaris advocaat: 2 punten tarief II à € 1.074,- per punt: € 2.148,-.

### 6. De beslissing

Het hof beschikkend in hoger beroep:

bekrachtigt de beschikking van de kantonrechter in rechtbank Noord-Nederland, locatie Assen, van 29 januari 2020;

wijst af het verzoek tot het overleggen van documenten;

veroordeelt FNV in de kosten van het hoger beroep aan de zijde van Vleems c.s gevallen met begroting van die kosten op € 760,- griffierecht en € 2.148,- salaris advocaat;

veroordeelt FNV in het nasalaris, begroot op € 157,- met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 82,- in geval FNV niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden; verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad ten aanzien van de daarbij uitgesproken veroordelingen tot betaling; wijst af wat meer of anders is verzocht.

Deze beschikking is gegeven door mrs. W.P.M. ter Berg, J.H. Kuiper en J. Schulp en is in aanwezigheid van de griffier uitgesproken ter openbare terechtzitting van 30 november 2020.

Voetnoten

[\[1.\]](#)

HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, EU:C:2017:489.

[\[2.\]](#)

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

[\[3.\]](#)

HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*).