

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift [Juridisch up to Date](#). Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. (Lees onze disclaimer).

Jutd 2018/0030 Overzicht van actuele ontwikkelingen op goederen- en faillissementsrechtelijk terrein

Jutd 2018/0030 d.d. 16-03-2018

Auteur(s): mr. dr. F.A. van Tilburg, Van Iersel Luchtman advocaten, mr. H.J.M. van Dal, Van Iersel Luchtman advocaten, mr. L.M.S. Dirven, Van Iersel Luchtman advocaten.

Inleiding

In dit artikel staan de recente ontwikkelingen op het gebied van goederen- en faillissementsrecht centraal. Er wordt ingegaan op veranderingen in de wetgeving en actuele jurisprudentie. Ook wordt aandacht besteed aan ander nieuws dat samenhangt met deze rechtsgebieden. De bijdrage heeft betrekking op de ontwikkelingen in de periode medio augustus 2017 tot medio februari 2018. Bij de bespreking van jurisprudentie wordt een beknopte samenvatting gegeven van de meest relevante uitspraken van de Hoge Raad in deze periode.

Wetgeving

Een nieuw jaar, een nieuw kabinet Rutte III, een nieuwe minister voor Rechtsbescherming; een goed moment om de laatste stand van zaken op wetgevingsgebied te schetsen.

Herijking faillissementsrecht

Het streven van minister Dekker is om het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht in 2019 te voltooien (Kamerstukken II 2017/2018, 33 695, nr. 16, blz. 5). Dit wetgevingsprogramma berust op drie pijlers: fraudebestrijding, reorganisatiepijler en modernisering faillissementsrecht.

Fraudepijler

De fraudepijler voorziet in een versterking van de civielrechtelijke en strafrechtelijke instrumenten voor de bestrijding van faillissementsfraude. Deze pijler is afgelopen jaar afgerond. Alle onderdelen (de Wet civielrechtelijk bestuursverbod, de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude en de Wet versterking positie curator) zijn inmiddels in werking getreden (Stb. 2016, 153, Stb. 2016, 154 en Stb. 2017, 124).

Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I)

De WCO I behoort met de twee hierna te bespreken wetsvoorstellen tot de reorganisatiepijler. Dit wetsvoorstel verschaft de zogenaamde pre-pack een wettelijke basis. Bij een pre-pack wijst de rechtbank voorafgaand aan een verwacht faillissement een beoogd curator aan, ter voorbereiding op het faillissement.

De behandeling van het wetsvoorstel heeft enige tijd stilgelegen vanwege de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de Estro/SmallSteps zaak d.d. 22 juni 2017. Volgens demissionair minister Blok geeft deze uitspraak geen aanleiding tot aanpassing van de WCO I. De WCO I heeft nog steeds meerwaarde. Wel zal volgens de minister rekening moeten worden gehouden met bescherming van werknemers indien de doorstart op basis van de WCO I wordt voorbereid vóór de faillietverklaring (Kamerstukken I 2017/2018, 34 218, H).

De vakbonden FNV en CNV en de Nederlandse Orde van Advocaten hebben bij de Eerste Kamer aangedrongen op aanvullende regelgeving. Volgens hen is meer onduidelijkheid ontstaan over de vraag wanneer de uit de Europese richtlijn voortvloeiende arbeidsrechtelijke bescherming nu wel of niet van toepassing is bij een doorstart in faillissement. Bij brief van 5 december jl. heeft de inmiddels aangetreden minister Dekker een nader overleg met vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk en werknemers- en werkgeversorganisaties aangekondigd (Kamerstukken I 2017/2018, 34 218, I). Dat overleg heeft inmiddels plaatsgevonden, dus de minister zal waarschijnlijk binnen afzienbare tijd een reactie geven naar aanleiding van dit overleg.

Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (WHOA)

Dit wetsvoorstel (dat voorheen werd aangeduid als WCO II) is gericht op het versterken van de mogelijkheden voor herstructurering van schulden buiten surseance en faillissement. Het moet het voor bedrijven in financiële nood eenvoudiger maken om met hun schuldeisers een akkoord te sluiten, ook als bepaalde schuldeisers of aandeelhouders daar niet mee hebben ingestemd.

Over dit wetsvoorstel heeft eind 2014 al een internetconsultatie plaatsgevonden. Inmiddels ligt er een gewijzigd voorontwerp waarover opnieuw is geconsulteerd. Deze consultatie liep tot 1 december jl. De minister hoopt dat het wetsvoorstel in 2018 ingediend kan worden (Kamerstukken II 2017/2018, 33 695, nr. 16, blz. 5).

In dit verband wordt nog gewezen op een op 23 november 2016 door de Europese Commissie gepubliceerde ontwerprichtlijn (COM (2016) 723). Deze richtlijn moet ondernemingen in financiële problemen meer mogelijkheden bieden voor herstructurering, om daarmee een faillissement te voorkomen. De ontwerprichtlijn voorziet onder andere in preventieve herstructureringsstelsels waaronder preventieve akkoorden en vertoont in zoverre overlap met het onderhavige wetsvoorstel.

Wet versterking doelmatigheid faillissementsprocesrecht

Dit wetsvoorstel (dat voorheen werd aangeduid als WCO III) zal verschillende maatregelen bevatten die de curator beter in staat stellen om het faillissement op een doelmatige wijze af te wikkelen en op die manier de schade voor alle betrokkenen bij het faillissement zoveel mogelijk beperken.

Het wetsvoorstel is nog steeds in voorbereiding. De minister wil bij die voorbereiding de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement betrekken, waaronder de werknemers en de houders van zekerheidsrechten (Kamerstukken II 2017/2018, 33 695, nr. 15, blz. 2 en Kamerstukken II 2017/2018, 33 695, nr. 16, blz. 9 en 10).

Wet modernisering faillissementsprocedure

Het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure is op 15 juni 2017 ingediend en op 22 februari jl. heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel aangenomen. Het is nu in behandeling bij de Eerste Kamer (Kamerstukken I 2017/2018, 34 740, A).

Het wetsvoorstel beoogt verbetering en versnelling van de faillissementsprocedure. Enkele van de in het wetsvoorstel opgenomen maatregelen zijn:

- de curator mag voortaan ook per e-mail schuldeisers oproepen in plaats van per brief;
- vergaderingen kunnen voortaan digitaal worden gehouden;

- de mogelijkheden voor schuldeisers om buiten de daartoe gestelde termijn een vordering ter verificatie in te dienen worden beperkt;
- de curator krijgt de mogelijkheid om zelf vorderingen van schuldeisers op de lijst van schuldvorderingen te plaatsen;
- de wettelijke verplichting om binnen 14 dagen de dag van de verificatievergadering te bepalen vervalt.

Uitvoeringswet EU-insolventierechtverordening

Op 20 mei 2015 is de herziene EU-insolventieverordening vastgesteld. Deze verordening richt zich op verdere samenwerking en coördinatie bij insolventieprocedures met grensoverschrijdende gevolgen. De uitvoeringswet is inmiddels aangenomen en in werking getreden (Stb. 2017, 497). Hiermee zijn in de Faillissementswet enkele technische aanpassingen doorgevoerd om deze te laten aansluiten op de EU-insolventieverordening.

Wet bestuur en toezicht rechtspersonen

Dit wetsvoorstel beoogt een duidelijke algemene regeling te geven voor aansprakelijkstelling van bestuurders en commissarissen in geval van faillissement. Er komt een uniforme regeling voor de verschillende rechtspersonen. Met de behandeling van dit wetsvoorstel is geen verdere voortgang geboekt (dossiernummer 34 491).

Rechtspraak

Afkoop pensioenverzekering door curator

Een uitgangspunt in de Faillissementswet is dat het faillissement het gehele vermogen van de gefailleerde omvat (artikel 20 Fw jo artikel 3:276 BW). In de wet is een aantal uitzonderingen opgenomen, waaronder in artikel 22a lid 1 aanhef en onder a Fw dat meebrengt dat het recht op afkoop van een levensverzekering buiten de boedel kan vallen. Als de levensverzekering voor de gefailleerde een pensioenvoorziening vormt, kan deze bepaling aan afkoop door de curator in de weg staan. Er moet een afweging worden gemaakt tussen de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en het belang van de begunstigde. Aanspraken op een pensioenvoorziening vallen dus niet steeds buiten het tot het faillissement behorende vermogen. Dit oordeelde de Hoge Raad al op 5 september 2008 in ECLI:NL:HR:2008:BD3423 (Smith/De Jong q.q.). De Hoge Raad herhaalt dit op 6 oktober 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2564) en geeft aan dat er geen aanleiding is om aan een levensverzekering een hoogstpersoonlijk karakter toe te kennen waardoor het steeds buiten de boedel zou vallen. In casu was echter ook sprake van een contractueel afkoopverbod. Uit artikel 7:986 lid 4 BW volgt dat dit afkoopverbod slechts tot op zekere hoogte aan de curator kan worden tegengeworpen. Dit is afhankelijk van de mate waarin de voldane premies in aanmerking konden worden genomen bij de heffing van de inkomstenbelasting. De Hoge Raad geeft aan dat het stelsel van fiscale regels erop is gericht dat binnen bepaalde grenzen en onder bepaalde voorwaarden een adequate oudedagsvoorziening kan worden opgebouwd. Het maakt daarbij geen verschil door wie de premies feitelijk zijn betaald. Aan de curator kan het afkoopverbod worden tegengeworpen als een oudedagsvoorziening wordt opgebouwd die voldoet aan de maatstaven voor de fiscale facilitering die in de fiscale regelgeving zijn vastgelegd.

Beoordeling onroerende zaken

In een uitspraak van 17 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2876, JOR 2018, 58 m.nt. A. Steneker) ging het om de vraag of koel- en rijpingscellen en stellages zijn aan te merken als onroerend. De betreffende zaken bevinden zich in een voor geconditioneerde opslag en rijping van fruit ingericht bedrijfsgebouw. Het gebouw met cellen en stellages wordt verkocht. Bij het vaststellen van de

hoogte van de overdrachtsbelasting wordt er vanuit gegaan dat ook de cellen en stellages onroerend zijn. Daartegen wordt bezwaar gemaakt en in (hoger) beroep gegaan. Het hof heeft geoordeeld dat de cellen en stellages niet zijn aan te merken als bestanddelen van het bedrijfsgebouw in de zin van artikel 3:4 BW en daarom niet zijn aan te merken als onroerende zaken. Volgens de Hoge Raad had het hof echter ook moeten beoordelen of de koel- en rijpingscellen en stellages als onroerend moeten worden beschouwd naar de maatstaf van artikel 3:3 BW.

Zowel artikel 3:3 als artikel 3:4 BW zijn van belang als moet worden beoordeeld of sprake is van een onroerende zaak. Op zichzelf zijn de cellen en stellages niet onroerend. Er moet daarom worden bekeken of sprake is van zaakseenheid als gevolg van natrekking, waardoor toch van onroerende zaken kan worden gesproken. De beoordeling van artikel 3:4 BW heeft betrekking op natrekking via iets anders dan grond: er moet sprake zijn van een bestanddeel. Iets kan een bestanddeel zijn als het volgens de verkeersopvatting onderdeel van een zaak uitmaakt (lid 1), of als een zaak met de hoofdzaak zodanig verbonden is dat zij daarvan niet kan worden afgescheiden zonder dat beschadiging van betekenis wordt toegebracht aan een van de zaken (lid 2).

Op grond van artikel 3:3 BW (jo artikel 5:20 lid 1 sub e BW) moet in de eerste plaats sprake zijn van vereniging met de grond. Volgens de Hoge Raad is dat het geval als het "feitelijk in voortdurende verbinding staat met de grond" (HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO3644 (Havenkranen)). Als er sprake is van vereniging met de grond, moet dat ook duurzaam zijn. Het gaat erom dat de zaak naar aard en inrichting is bestemd om duurzaam ter plaatse te blijven (HR 31 oktober 1997, JOR 1997, 152 (Portacabin)). Als een zaak is verenigd met een gebouw of werk dat duurzaam is verenigd met de grond, dan is een zaak ook onroerend. Deze toets heeft het hof in casu niet uitgevoerd en daarom vernietigt de Hoge Raad deze uitspraak en verwijst terug. De vraag of een zaak is verenigd met een gebouw, wordt vaak beantwoord aan de hand van de maatstaf van artikel 3:4 BW. Het is volgens de Hoge Raad echter niet voldoende dat alleen aan die maatstaf is getoetst.

Niet-genoten vakantiedagen zijn boedelschuld

De Hoge Raad heeft op 17 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2907, JOR 2018, 28 (UWV/Aukema q.q.)) zijn eerdere jurisprudentie over de aanspraak op een uitkering in geld voor niet-genoten vakantiedagen in faillissement bevestigd (HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3819, (LISV/Wilderink q.q.)). Bij de beëindiging van een arbeidsovereenkomst dient een aanspraak op uitkering in geld wegens niet-genoten vakantiedagen te worden aangemerkt als loon in de zin van artikel 7:616 en 7:625 BW. Het begrip loon in de zin van artikel 40 lid 2 Fw wijkt niet af van het begrip loon in deze artikelen. Wanneer de curator overgaat tot het beëindigen van arbeidsovereenkomsten na datum faillissement op grond van artikel 40 lid 1 Fw, is de aanspraak op uitkering in geld wegens niet-genoten vakantiedagen door wetsaanduiding een boedelschuld, ook voor zover de aanspraak is opgebouwd vóór de faillietverklaring. Door de rechtbank Den Haag waren hieromtrent prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad. Bij de beantwoording daarvan bevestigd de Hoge Raad zijn eerdere uitspraak en geeft aan dat ook uit het arrest Koot Beheer/Tideman q.q. (HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108) volgt dat schulden die door de wet als zodanig zijn aangemerkt (in casu artikel 40 lid 2 Fw), zijn te kwalificeren als boedelschulden.

Ten slotte gaat de Hoge Raad in op de vraag of een curator bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst ex artikel 40 Fw de werknemer zou kunnen verplichten om in het belang van de boedel niet-genoten vakantiedagen op te nemen. Dat is volgens de Hoge Raad niet mogelijk. Bij

de vaststelling van aanvang en einde van vakantie zijn de wensen van de werknemer het uitgangspunt. In geval van gewichtige redenen is een uitzondering mogelijk, maar een faillissement is niet aan te merken als zo'n uitzondering.

Pandrecht op vorderingen zorgaanbieder

Famed is pandhouder van de vorderingen van zorgverlener Better Life op zorgverzekeraars. Voorafgaand aan het faillissement van Better Life, heeft Famed mededeling gedaan van haar pandrechten. Better Life had vóór het faillissement werkzaamheden verricht (geneeskundige behandelingen), maar deze werkzaamheden waren nog niet in rekening gebracht bij de zorgverzekeraars. De geneeskundige behandelingen waren op dat moment ook nog niet afgerond. De vraag is of er vorderingen zijn ontstaan van Better Life op de zorgverzekeraars, die onder het pandrecht van Famed vallen.

In casu was tussen Better Life en de verzekeraars sprake van betaalovereenkomsten, waarbij de verzekeraar de aan de geneeskundige behandeling verbonden kosten (tarieven) rechtstreeks aan de zorgaanbieder voldoet. Voor de tarieven en het betalingsverkeer in de zorg gelden daarnaast regels van publiekrechtelijke aard. Op 17 november 2017 oordeelde de Hoge Raad dat die regels geen betrekking hebben op de grondslag voor de aanspraak op vergoeding van de kosten van verleende zorg (ECLI:NL:HR:2017:2901 (Famed/Kreikamp q.q.)). Volgens de Hoge Raad heeft deze publiekrechtelijke regulering ook geen invloed op het ontstaan van de vordering van een zorgaanbieder tot vergoeding van de kosten van de verleende zorg. Ook bij geneeskundige behandelovereenkomsten kan sprake zijn van deelprestaties, die identificeerbaar zijn en op geld waardeerbaar, waardoor een vordering tot betaling van loon ontstaat (artikel 7:405 BW). Ondanks dat Better Life dus nog niet mocht gaan declareren, kan er wel sprake zijn van vorderingen. Deze vorderingen zijn in dat geval vóór het faillissement van Better Life ontstaan en zouden onder het pandrecht van Famed vallen. De Hoge Raad vernietigt het arrest van het hof en verwijst de zaak terug, nu het hof had geoordeeld dat er geen aanspraak was op loon.

Verrekening in faillissement

Buiten faillissement kan een rechter een vordering toewijzen, ondanks een beroep van de gedaagde op verrekening. Op grond van artikel 6:136 BW is dat het geval indien de gegrondheid van het verrekeningsverweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen en de vordering verder voor toewijzing vatbaar is. In een faillissement gelden andere regels voor verrekening. Artikel 53 Fw bepaalt dat hij die zowel schuldenaar als schuldeiser is van een gefailleerde, kan verrekenen. De schuld en de vordering moeten zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht. Uit artikel 53 lid 3 Fw volgt dat de curator geen beroep kan doen op artikel 6:136 BW.

In zijn uitspraak van 24 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:3017, JOR 2018, 29 (Artis/Parallel Groep)) oordeelt de Hoge Raad dat in faillissement ook aan de pandhouder geen beroep op artikel 6:136 BW toekomt. In casu was de pandgever gefailleerd en wilde de debiteur van de verpande vordering, Artis, verrekenen. Het hof passeerde het beroep op verrekening omdat de tegenvordering van Artis niet eenvoudig was vast te stellen. De Hoge Raad geeft echter aan dat in faillissement artikel 53 Fw in de weg staat aan de werking van artikel 6:136 BW. In geval van een faillissement van de pandgever kan de debiteur van de verpande vordering zijn tegenvordering verrekenen met overeenkomstige toepassing van artikel 53 lid 3 Fw. Aan de pandhouder komt geen beroep op artikel 6:136 BW toe, in verband met het belang dat de debiteur van de verpande

vordering erbij heeft zijn schuld aan de boedel als "onderpand" te kunnen beschouwen. Zie over deze uitspraak ook het artikel van onze collega C.A.G. Krüger in JutD 2017-0152.

Verificatie rente surseance in opvolgend faillissement

Gedurende een faillissement vervallen rente komt in een faillissement niet voor verificatie in aanmerking, tenzij de vordering wordt gedekt door een recht van pand of hypotheek. Er bestond onduidelijkheid over de vraag of rente die tijdens een surseance vervalt, in een opvolgend faillissement wél ter verificatie bij de curator kan worden ingediend. Op 24 november 2017 (ECLI:NL:HR:2017:2991) oordeelde de Hoge Raad dat dit mogelijk is. Indien de faillietverklaring wordt uitgesproken op grond van een bepaling van Titel II Faillissementswet, of binnen een maand na het einde van de surseance, komt een vordering ter zake de rente die is vervallen vanaf de datum van surseance tot aan de datum van faillietverklaring, in aanmerking voor verificatie in dat faillissement.

Overname contract geen heraanbesteding

In het faillissement van schoonmaakbedrijf Albatros was sprake van een contract voor schoonmaak met het Crowne Plaza Hotel in Amsterdam. Dit contract is door de curator na een biedingsprocedure overgedragen aan CSU, met instemming van Crowne Plaza. Voormalige werknemers van Albatros komen vervolgens in dienst bij CSU en stellen zich op het standpunt dat zij op grond van de toepasselijke CAO recht houden op een toeslag, omdat sprake is van een contractwissel. Volgens artikel 38 van de CAO gaan de plichten in verband met toeslag over op de nieuwe werkgever als sprake is van een contractwissel door heraanbesteding.

De Hoge Raad oordeelt op 9 februari 2018 (ECLI:NL:HR:2018:180) dat voor de uitleg van artikel 38 CAO moet worden gekeken naar de CAO-norm (opgenomen in onder andere HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:564, r.o. 3.3). Uit de tekst van artikel 38 blijkt dat het erom gaat of sprake is van 'heraanbesteding'. In dat begrip heraanbesteding ligt volgens de Hoge Raad besloten dat daarvan slechts sprake is indien dit plaatsvindt door dezelfde opdrachtgever als degene die het project eerder aanbesteedde (in casu Crowne Plaza). Hier heeft de curator echter het initiatief genomen. De enkele omstandigheid dat dit is geschied met kennelijke instemming van Crowne Plaza, die daaraan verder geen voorwaarden heeft verbonden, is onvoldoende om te kunnen spreken van heraanbesteding in de zin van artikel 38 CAO. De tekst, strekking en toelichting bij de bepaling bieden volgens de Hoge Raad geen steun voor een ander oordeel. De Hoge Raad heeft het arrest vernietigd en de zaak terugverwezen.

Actualiteiten

In 2017 zijn in Nederland 3290 bedrijven en instellingen, exclusief eenmanszaken, failliet verklaard. Dat is volgens het CBS het laagste aantal sinds 2000. In 2013 bereikte het aantal faillissementen een piek van 8376, daarna is het met 61% afgenomen. Verwacht wordt dat de hoeveelheid faillissementen dit jaar nog verder zal dalen. Hierna wordt een aantal bekende faillissementen besproken.

Kijkshop

Op 23 januari 2018 is Kijkshop failliet gegaan. Daar waren op dat moment ongeveer 400 werknemers in dienst. In maart 2017 sloot Kijkshop al een kwart van de filialen waarna zij nog 70 winkels behield. Kijkshop werd groot door haar innovatieve idee om alle producten in etalages uit te stallen met een artikelnummer. De klant kon het artikelnummer op een bonnetje schrijven en daarna het product afrekenen. Dit zorgde voor besparing van personeelskosten. In 2007 kreeg de

winkelketen een Zweedse eigenaar. Kijkshop begon ook met de ontwikkeling van de app "Kijk Bij Mij" waarop consumenten elkaar advies konden geven over producten. Het bleek niet genoeg te zijn om te kunnen concurreren met de grote online webshops waardoor Kijkshop zich genoodzaakt zag haar faillissement aan te vragen. Het bedrijf waartoe de onlinediensten van Kijkshop behoren is overigens niet failliet. De curator onderzoekt de mogelijkheden van een eventuele doorstart van de winkelketen. Tot op heden is hierover geen verdere informatie bekend.

Smallsteps schikt met FNV

In het vorige nieuwsoverzicht medio 2017 (JutD 2017-0102) werd de hiervoor genoemde uitspraak van het HvJ EU (HvJEU 22 juni 2017, C-126/16 ECLI:EU:C:2017:489, JOR 2017, 217) in de zaak Smallsteps reeds besproken. Smallsteps nam de activiteiten over van kinderopvangorganisatie Estro, die in 2014 failliet ging. De zeer snelle doorstart wekte verontwaardiging op toen bleek dat dezelfde eigenaar en dezelfde directeur bleven, veel kinderopvanglocaties open bleven, maar wel 1.000 werknemers hun baan verloren. De doorstart volgde op een pre-pack, waarbij al voor datum faillissement een beoogd curator werd aangewezen die achter de schermen meekeek. Vier werknemers spanden uiteindelijk samen met FNV een rechtszaak aan tegen Smallsteps.

In de zaak werden door de rechtbank Midden-Nederland prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU. Het Hof oordeelde dat in het geval van overgang van onderneming na faillietverklaring (vanuit een uitgevoerde pre-pack) de bescherming van werknemers (in artikel 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG) behouden blijft. De uitzondering beschreven in artikel 5, die bepaalt dat de bescherming van werknemers niet geldt als er sprake is van een overgang van onderneming in een faillissementsprocedure, is dan niet van toepassing. Dit brengt met zich mee dat een doorstarter in een faillissement na een pre-pack moet worden beschouwd als een overgang van onderneming waarbij arbeidsrechtelijke bescherming in stand blijft en werknemers worden geacht te zijn overgenomen.

Na de uitspraak van het HvJ EU is het niet tot een eindoordeel van de rechtbank gekomen, omdat partijen een schikking hebben bereikt. Smallsteps zal een ontslagvergoeding van in totaal € 11 miljoen betalen aan de 700 ontslagen werknemers.

Bogra

Op diezelfde dag dat het HvJ EU arrest wees in de zaak Smallsteps, sloot Bogra een overeenkomst inzake een stille bewindvoering. Bogra was actief in de uitvaartbranche en bouwde doodskisten. Toen bleek dat zij in economische moeilijkheden verkeerde, is er door een stille bewindvoerder gekeken of het bedrijf overgenomen kon worden. In de periode van 22 tot en met 26 juni 2017 is hierover overlegd met de Belgische investeringsmaatschappij Funico N.V. Hierna volgde een voorlopige surseance van betaling die op 30 juni 2017 is omgezet in een faillissement. Na de faillietverklaring wordt de onderneming van Bogra voortgezet en wordt er ondertussen met verschillende partijen, waaronder Funico, onderhandeld over een doorstart. Uiteindelijk is drie weken later een activatransactie tot stand gekomen tussen de curator en Funico waarbij een deel van de activa is overgedragen aan het nieuw opgerichte Bogra Uitvaartkisten B.V. Met ingang van 19 juli 2017 heeft Bogra Uitvaartkisten de bedrijfsactiviteiten overgenomen.

Werknemers van het failliete Bogra stappen naar de rechter en betogen dat zij van rechtswege in dienst zijn gekomen bij Bogra Uitvaartkisten. Zij stellen dat het gaat om een (nagenoeg) gelijke situatie als in Smallsteps. Bogra Uitvaartkisten stelt daarentegen dat sprake is van een andere situatie, omdat de activa van Bogra niet direct na het faillissement verkocht en overgedragen zijn,

maar pas na drie weken en dat er voor het faillissement geen voorbereide pre-pack was zoals in het faillissement van Estro.

Het verzoek is door de rechtbank afgewezen. De kantonrechter oordeelt dat de reikwijdte van de Smallsteps-zaak beperkt is tot de situatie waarin de doorstart, door middel van een pre-pack en met behulp van een beoogd curator, tot in de kleinste details voorbereid wordt en deze dan onmiddellijk na het faillissement wordt uitgevoerd (Rb Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423). Bogra Uitvaartkisten en Funico hebben de onderneming van Bogra ongeveer drie weken na het faillissement overgenomen. Daarnaast heeft de verkoop van de activa plaatsgevonden onder toezicht en met toestemming van de rechter-commissaris. De voormalig werknemers hebben inmiddels te kennen gegeven dat zij in hoger beroep zullen gaan.

Tuunte

De uitkomst in Bogra is ook terug te zien in het oordeel van de kantonrechter in de zaak Tuunte (ECLI:NL:RBGEL:2018:447). Tuunte Fashion exploiteerde kledingwinkels. Zij is op 8 augustus 2017 failliet verklaard. Een maand later zijn de activa (inventaris, voorraden en goodwill) overgedragen en wordt de handelsnaam Tuunte opnieuw gebruikt. De werknemers stellen dat er sprake is van overgang van onderneming en dat zij onterecht zijn ontslagen. De kantonrechter oordeelt dat uit niets blijkt dat sprake was van een 'vooropgezet plan'. In lijn met de uitspraak in het faillissement van Bogra wordt geoordeeld dat er geen sprake is van overgang van onderneming, zodat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten niet op de doorstarter zijn overgegaan.

Gaastra, McGregor en Adam nogmaals failliet

In juni 2016 ging modeketen McGregor failliet. Door Doniger Fashion Group werd een doorstart gerealiseerd. Van de ongeveer 500 medewerkers in Nederland behielden 370 personeelsleden hun baan. Ruim een jaar later, in september 2017, bleek dat de doorstarter van de kledingmerken McGregor en Gaastra het niet ging redden. Ook Doniger Fashion Group werd failliet verklaard. De winkels en webshops bleven open om de werkgelegenheid te behouden en de opbrengst van de boedel te vergroten. Er waren op dat moment nog 75 winkels, waarvan 53 in Nederland. Rens van der Schoor, de ondernemer die ook Miss Etam weer leven in wist te blazen, kocht met zijn investeringsfonds Du Soutien Beheer het actief van het failliete moederbedrijf Doniger Fashion Group. Drie weken later, toen Van der Schoor genoeg informatie had verzameld, kwam ook hij tot de conclusie dat een doorstart geen kans van slagen meer had. Begin dit jaar is bekend gemaakt dat een deel van Adam een doorstart zal maken onder de vleugels van het kledingbedrijf Duetz uit Zeist. Of de andere modeketens ook nog een doorstart zullen kunnen maken, zal de toekomst moeten uitwijzen.