

## ECLI:NL:GHARL:2018:6539

<b>Instantie</b>	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
<b>Datum uitspraak</b>	17-07-2018
<b>Datum publicatie</b>	19-07-2018
<b>Zaaknummer</b>	200.180.454
<b>Rechtsgebieden</b>	Civiel recht
<b>Bijzondere kenmerken</b>	Hoger beroep
<b>Inhoudsindicatie</b>	Overgang van onderneming in faillissement na pre-pack. Art. 7:666 in dit geval wel van toepassing
<b>Vindplaatsen</b>	Rechtspraak.nl

## Uitspraak

### GERECHTSHOF ARNHEM-LEEUWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.180.454

(zaaknummer rechtbank Overijssel, locatie Almelo, 4173357)

### arrest van 17 juli 2018

in de zaak van

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid

**Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV),**

gevestigd te Amsterdam,

advocaat: mr. A.A.M. Broos, en

2. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid

**CNV Vakmensen,**

gevestigd te Utrecht,

advocaat thans mr. B.M.T.G. Bakker- van Klaren ,

appellanten,  
in eerste aanleg: eiseressen,  
hierna: de bonden,

tegen:

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Heiploeg Seafood International B.V.** en

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Heitrans International B.V.,**

beide gevestigd te Zoutkamp, gemeente De Marne,  
geïntimeerden,  
in eerste aanleg: gedaagden,  
hierna gezamenlijk als Heiploeg-nieuw aan te duiden,  
advocaat: mr. I. Spinath.

## **1 Het verloop van het geding**

Voor het verloop van het geding tot 2 mei 2017 verwijst het hof naar zijn op die datum gewezen tussenarrest. Het verdere verloop blijkt uit:

- de akte met producties van de bonden;
- de antwoordakte van Heiploeg-nieuw met productie;
- de pleidooien van mrs. Spinath en Broos overeenkomstig hun pleitnotities; Tijdens het pleidooi is akte verleend aan de bonden van het in het geding brengen van de bij brief van 19 april 2018 toegezonden producties 16 tot en met 19 en aan Heiploeg-nieuw de bij H12-formulier op 25 april 2018 toegezonden productie 2. Na afloop van de pleidooien heeft het hof opnieuw arrest bepaald.

## **2 De beoordeling van de grieven en de vordering**

2.1 Het hof verwijst naar en blijft bij hetgeen het in het tussenarrest heeft overwogen en beslist.

2.2 Ter gelegenheid van de pleidooien hebben de bonden verzocht (de grondslag van) hun vordering te mogen uitbreiden. Zij stellen dat Heiploeg-oud tijdens de onderhandelingen die zij en de (beoogde) curatoren met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V hebben gevoerd, is bedongen dat de arbeidsvoorwaarden van de overgaande werknemers niet zouden worden verslechterd, maar dat Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. deze toezegging niet is nagekomen.

2.3

Het hof zal deze nieuwe grondslag buiten beschouwing laten, reeds omdat Heiploeg-nieuw met deze uitbreiding van (de grondslag van) de eis niet ondubbelzinnig heeft ingestemd. Daarnaast wordt overwogen dat de bonden stellen dat de toezegging is gedaan door Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V., welke vennootschap in deze procedure geen partij is.

- 2.4 In zijn arrest van 22 juni 2017 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie antwoord gegeven op de door de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere, gestelde prejudiciële vragen, die in het tussenarrest onder 3.16 zijn opgenomen. Het Hof van Justitie heeft de vragen 1 tot en met 3 opnieuw geformuleerd en vervolgens geoordeeld dat de in artikel 5 lid 1 van de richtlijn omschreven uitzondering van de in de beide daaraan voorafgaande artikelen omschreven hoofdregel, strikt moet worden uitgelegd. De uitzondering is slechts van toepassing als is voldaan is aan alle drie de in artikel 5 omschreven voorwaarden, te weten:
- a. de vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure;
  - b. deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de onderneming;
  - c. de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie.
- 2.6 Het Hof van Justitie heeft voorts overwogen dat een transactie die wordt uitgevoerd door middel van een pre-pack en wordt voorbereid vóór de faillietverklaring, maar pas daarna wordt uitgevoerd, kan vallen onder het begrip faillissementsprocedure als onder a. bedoeld. Ten aanzien van de onder b. bedoelde voorwaarde overweegt het hof dat er verschil moet worden gemaakt tussen procedures, die voortzetting van de activiteiten van de onderneming beogen en die, welke de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beogen en daarbij tot doel hebben een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gemeenschappelijke schuldeisers. Er kan sprake zijn van een zekere overlapping, maar van belang is vast te stellen wat het hoofddoel van de procedure is. Met betrekking tot de onder c. omschreven voorwaarde overweegt het hof dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris weliswaar door de rechtbank zijn aangesteld, maar dat zij voor het moment van faillietverklaring formeel, bij gebreke van een wettelijke grondslag, geen enkele bevoegdheid hebben. Deze handelwijze kan elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels uithollen.
- 2.7 Naar aanleiding van dit arrest hebben partijen hun standpunten nader gepreciseerd. Volgens de bonden - hetgeen door Heiploeg-nieuw wordt bestreden - is in dit geval aan de onder b. en c. bedoelde voorwaarden niet voldaan. Dat aan de onder a. bedoelde voorwaarde is voldaan, staat in dit geding niet ter discussie.
- 2.8 Het hof stelt voorop dat, anders dan de bonden kennelijk menen, uit het arrest niet kan worden opgemaakt dat op een vóór de faillietverklaring voorbereide en na dat moment uitgevoerde doorstart, al dan niet in de vorm van een pre-pack, in geen geval onder de in artikel 5 bedoelde uitzondering kan vallen. Steeds zal moeten worden nagegaan of aan de drie in het artikel genoemde voorwaarden is voldaan. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.
- 2.9 In het geval van Heiploeg-oud staat vast, zoals al in het tussenarrest onder 3.5 en 3.6 is overwogen, dat het bedrijf in 2011 en 2012 aanzienlijke verliezen heeft geleden, dat de Europese Unie op 27 november 2013 aan vier vennootschappen van het concern een boete heeft opgelegd van ruim € 27 miljoen en dat de banken, aan wie alle activa waren overgedragen, niet bereid waren dit bedrag te financieren. Volgens Heiploeg-nieuw betekende dit dat een faillissement van het concern van Heiploeg-oud onafwendbaar was. De bonden hebben dit niet weersproken.
- 2.10 In de daaropvolgende periode is gekeken naar de mogelijkheid van een doorstart. Drie partijen hebben een bod uitgebracht en van die drie bleek het bod van Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. het hoogste. Met deze vennootschap is verder onderhandeld door de inmiddels door de rechtbank in haar brief van 16 januari 2014 genoemde beoogde curatoren (3.18 van het tussenarrest). In deze brief heeft de rechtbank uitdrukkelijk vastgelegd dat doel van de regeling was het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van



de gezamenlijke schuldeisers. Door Heiploeg-nieuw is voorts onbetwist aangevoerd dat ook de banken, aan wie de activa waren overgedragen, uit waren op een zo hoog mogelijke opbrengst. De curatoren in het faillissement van Heiploeg-oud hebben in een door Heiploeg-nieuw als productie 2 in het geding gebrachte verklaring aangegeven dat zij zich in de periode voorafgaand aan het faillissement uitsluitend hebben gericht op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en dat zij in dat kader hebben beoordeeld of een verkoop van de activa "going concern" in het belang van de schuldeisers was. Pas na de faillietverklaring is uiteindelijk pas overeenstemming bereikt met Parlevliet en Van der Plas B.V. over de verkoop van de activa ("going concern"). De juistheid van deze verklaring is door de bonden niet gemotiveerd betwist en blijkt ook niet uit de onder 3.13 en 3.14 van het tussenarrest genoemde faillissementsverslagen..

- 2.11 Naar het oordeel van het hof moet uit de hiervoor omschreven omstandigheden worden opgemaakt dat, anders dan de bonden aanvoeren, de faillissementsprocedure wel degelijk is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud. Dat reeds voorafgaand aan het faillissement contacten zijn opgenomen met geïnteresseerde partijen over een verkoop als going concern en daarover vervolgens met één partij onderhandelingen zijn gevoerd (zie 3.7 van het tussenarrest) doet daaraan niet af. Bij dit alles wordt mede in aanmerking genomen dat het noodzakelijk was dat werd voorkomen dat het productieproces meer dan één dag werd onderbroken. Naar het hof begrijpt zou, als deze onderbreking langer zou zijn, de medewerking van de banken niet langer zijn gewaarborgd, met als waarschijnlijk gevolg dat de verkoop als going concern niet zou doorgaan en de opbrengst van de activa en derhalve ook een voor de schuldeisers beschikbaar bedrag aanzienlijk lager zou zijn. Aan de onder b. bedoelde voorwaarde is dan ook voldaan.
- 2.12 Ten aanzien van de onder c. bedoelde voorwaarde wordt overwogen dat juist is dat de beoogde curatoren (en ook de beoogde rechter-commissaris) in de periode voor het uitspreken van het faillissement formeel over geen enkele bevoegdheid beschikten. Dat veranderde op 28 januari 2014, toen het faillissement was uitgesproken. Op dat moment was er, zoals blijkt uit de hiervoor reeds aangehaalde verklaring van de curatoren en de faillissementsverslagen, nog geen overeenstemming over de verkoop van de activa. Er is verder onderhandeld en pas in de nacht van 28 op 29 januari 2014 is uiteindelijk overeenstemming bereikt. Op dat moment waren de curatoren als enigen bevoegd om namens Heiploeg-oud op te treden. Zij hadden bovendien voor het sluiten van de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas B.V. de toestemming nodig van de inmiddels ook benoemde rechter-commissaris. Deze heeft die toestemming ook verleend. Dit betekent naar het oordeel van het hof dat de overeenkomst is gesloten onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie als bedoeld in artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Ook aan voorwaarde c. is derhalve voldaan.
- 2.13 Het voorgaande betekent dat de vordering van de bonden, die is gebaseerd op de stelling dat aan de in artikel 5 lid 1 van de richtlijn genoemde voorwaarden niet is voldaan, niet toewijsbaar is. Het bestreden vonnis zal, zij het op andere gronden, worden bekrachtigd. De bonden zullen, als de in het ongelijk te stellen partijen, worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep. De kosten aan de zijde van Heiploeg-nieuw zullen worden vastgesteld op € 711,- aan griffierecht en € 3.222,- (3 punten tarief II) voor salaris van de advocaat.

### 3 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de kantonrechter in de rechtbank Overijssel, locatie Almelo van 28 juli 2015;

veroordeelt de bonden in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot de tot aan deze uitspraak aan de zijde van Heiploeg-nieuw gevallen kosten op € 711,- aan griffierecht en

€ 3.222,- aan salaris voor de advocaat;

verklaart dit arrest voor zover het de kosten veroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad;

wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.L.R. Wefers Bettink, A.E.F. Hillen en H. van Loo en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 17 juli 2018.