

# ECLI:NL:RBLIM:2018:9137

Instantie	Rechtbank Limburg
Datum uitspraak	26-09-2018
Datum publicatie	03-10-2018
Zaaknummer	04 5031106 CV 16-4624
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - enkelvoudig
Inhoudsindicatie	

Het gaat in deze zaak om de overgang van onderneming in faillissement na prepack. De kantonrechter oordeelt dat de faillissementsprocedure was ingeleid met het oog op doorstart van de failliet en niet (louter) was gericht op liquidatie van het vermogen. Aldus behouden de beschermingsregels van artikel 3 en 4 van de Richtlijn 2001/23/EG – in nationale wetgeving verankerd in artikel 7:662 BW e.v. – voor werknemers in geval van een overgang van onderneming hun werking. De kantonrechter oordeelt vervolgens dat er ook sprake was van een overgang van onderneming. De opzegging van de arbeidsovereenkomsten door de curator dateert echter van voor de overgang van onderneming. Mogelijk dat die opzegging in strijd is gebeurd met het bepaalde in artikel 7:670 lid 8 BW (oud) maar door de werknemers is de vernietigbaarheid van de opzegging niet (tijdig) ingeroepen. De conclusie is dat de werknemers voor de duur van de opzegtermijn mee over zijn gegaan op de nieuwe onderneming en over die periode een loonaanspraak hebben.

Vindplaatsen	Rechtspraak.nl AR-Updates.nl 2018-1109 JAR 2018/263 INS-Updates.nl 2018-0284
--------------	---

## Uitspraak

### **RECHTBANK LIMBURG**

Burgerlijk recht

Zittingsplaats Roermond

Zaaknummer: 5031106 \ CV EXPL 16-4624

### **Vonnis van de kantonrechter van 26 september 2018**

in de zaak van:

**1 de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid  
FEDERATIE NEDERLANDSE VAKVERENIGING (FNV),  
gevestigd te Amsterdam,**

**2. [eisende partij sub 2],**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 2] , gemeente [gemeente woonplaats eisende partij sub 2]

,

**3. [eisende partij sub 3],**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 3] ,

**4. [eisende partij sub 4],**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 4] ,

**5. [eisende partij sub 5],**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 5] ,

**6. [eisende partij sub 6],**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 6] ,

**7. [eisende partij sub 7] ,**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 7] ,

**8. [eisende partij sub 8] ,**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 8] , gemeente [gemeente woonplaats eisende partij sub 8]

,

**9. [eisende partij sub 9] ,**

Wonend te [woonplaats eisende partij sub 9] , gemeente [gemeente woonplaats eisende partij sub 9]

,

eisende partij,

gemachtigde mr. J.P. Boot,

**10. [eisende partij sub 10] ,**

wonend te [woonplaats eisende partij sub 10] ,

eisende partij,

gemachtigde mr. S.H.O. Aben,

tegen:

**de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [gedaagde partij] B.V.,**

gevestigd te [vestigingsplaats gedaagde partij] ,

gedaagde partij,

gemachtigde mr. B.T.G.M. Lamers.

Eisers zullen hierna gezamenlijk FNV c.s. worden genoemd. Gedaagde zal [gedaagde partij] worden genoemd.

**1 De verdere procedure**

1.1. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnissen van 23 november 2016
- de conclusie van antwoord
- de brief waarbij een comparitie van partijen is gelast
- de nader ingezonden producties aan de zijde van FNV c.s.
- de op 5 december 2017 gehouden comparitie van partijen
- de conclusies van repliek tevens houdende akte wijziging van eis
- de conclusie van dupliek tevens houdende bezwaar tegen de wijziging van eis.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2 Het geschil

2.1. FNV c.s. heeft bij conclusie van repliek haar eis gewijzigd.

FNV c.s. vordert thans bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

**A. te verklaren voor recht:**

**primair:**

I. dat op de doorstart van PGV in [gedaagde partij] de Richtlijn

2001/23/EG van toepassing is;

II. dat de werknemers van PGV, waaronder ook eisers 2 tot en met 10 op basis

van richtlijnconforme interpretatie van de artikelen 7:662 e.v. BW per

31 maart 2015, dan wel op een door de kantonrechter in goede justitie te

bepalen datum van rechtswege, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in

dienst zijn gekomen bij [gedaagde partij] ;

**subsidiar:**

voor zover de kantonrechter oordeelt dat de Richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing is op de doorstart van PGV in [gedaagde partij] en/of de tekst van artikel 7:666 BW een richtlijnconforme interpretatie uitsluit:

dat de artikelen 7:662 e.v. BW desalniettemin van toepassing zijn, nu het zwaartepunt van de verkoop van de activa van PGV bij deze pre-pack duidelijk lag vóór het faillissement van PGV, als gevolg waarvan de werknemers van PGV, waaronder ook eisers 2 tot en met 10 per 31 maart 2014, dan wel op een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum, van rechtswege met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij [gedaagde partij] .

**B. de veroordeling van [gedaagde partij] :**

1. Om aan alle werknemers, waaronder ook eisers 2 tot en met 10 die op 31 maart 2015 in dienst waren bij PGV, schriftelijk te berichten dat zij op grond van overgang van onderneming van rechtswege, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij [gedaagde partij] waarbij de werknemers die zijn ontslagen, waaronder ook eisers 2 tot en met 10, om aan het begin van de eerstvolgende maand, dan wel vanaf het eerste moment waarop zij daartoe in de gelegenheid zijn, hun oude werkzaamheden te hervatten, dan wel, wanneer zij hun oude werkzaamheden niet wensen te hervatten, in overleg te treden over een beëindiging van hun arbeidsovereenkomst, dit binnen 1 maand na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,00 per dag per werknemer, voor elke dag dat [gedaagde partij] nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 50.000,00 per werknemer;
2. Om aan alle werknemers die vanuit PGV vanaf de doorstart bij [gedaagde partij] in dienst zijn

waaronder ook eisers 2 tot en met 10, dan wel sindsdien in dienst zijn geweest (d.i. dus de groep werknemers die na het faillissement is overgenomen) een correcte en inzichtelijke berekening te verstrekken van het sedert 31 maart 2015, dan wel vanaf een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum, achterstallige loon en de achterstallige overige arbeidsvoorwaarden, dit binnen 1 maand na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,00 per dag per werknemer, voor elke dag dat [gedaagde partij] nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 50.000,00 per werknemer;

**3.** Om over te gaan tot betaling van het achterstallige loon en de overige achterstallige arbeidsvoorwaarden aan alle werknemers die vanuit PGV waaronder ook eisers 2 tot en met 10 vanaf de doorstart bij [gedaagde partij] in dienst zijn, dan wel in dienst zijn geweest voor de periode dat ze dit zijn geweest, waarbij het loon dient te worden vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW, gesteld op 50% van het loon, en waarbij alle betalingen dienen te worden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vervaldatum tot aan de datum der voldoening, een en ander met gelijktijdige verstrekking van een bruto/netto-specificatie, dit binnen 2 maanden na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,00 per dag per werknemer, voor elke dag dat [gedaagde partij] nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 50.000,00 per werknemer;

**4.** Over te gaan tot tijdige en correcte betaling van het toekomstig verschuldigd loon, alsof de overige arbeidsvoorwaarden aan alle werknemers die vanuit PGV waaronder ook eisers 2 tot en met 10 vanaf de doorstart bij [gedaagde partij] in dienst zijn, en dit voor zo lang zij in dienst zijn, vanaf 2 maanden na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 500,00 per dag per werknemer, voor elke dag dat [gedaagde partij] nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 50.000,00 per werknemer;

**meer subsidiair:**

**5.** Een verklaring voor recht dat [gedaagde partij] in strijd heeft gehandeld met hetgeen in het maatschappelijke verkeer betamelijk is als bedoeld in artikel 6:162 BW. Dit waar het gaat om de bescherming van de werknemers in het arbeidsrecht als ook de informatievoorziening aan de werknemers;

**6.** de veroordeling van [gedaagde partij] om aan eisers sub 2 tot en met 10 te betalen een schadevergoeding, gelijk aan het loon wat zij op grond van de arbeidsovereenkomst na overgang van onderneming hadden moeten ontvangen vanaf 1 april 2015 tot aan de datum dat de arbeidsovereenkomsten rechtsgeldig zouden zijn beëindigd;

**in alle gevallen:**

[gedaagde partij] te veroordelen in de proceskosten.

2.2. Eiser sub 10 heeft dezelfde vorderingen ingesteld en heeft aanvullend nog gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

- voor het geval hij aanspraak kan maken op een transitievergoeding, de transitievergoeding;
- tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten
- de proces- en nakosten.

2.3. [gedaagde partij] voert verweer.

2.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### **3 De verdere beoordeling**

3.1. De kantonrechter verwijst voor wat de feiten en het toetsingskader betreft naar het eerdere vonnis van 23 november 2016 en volhardt in hetgeen in het vonnis is overwogen.

#### *Ontvankelijkheid FNV*

3.2. Namens [gedaagde partij] is in de eerste plaats gesteld dat FNV niet ontvankelijk is in haar vorderingen. Dienaangaande overweegt de kantonrechter als volgt.

3.3. Op grond van artikel 3:305a lid 1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) kan een vereniging met volledige rechtsbevoegdheid een rechtsvordering instellen die strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen, voor zover zij deze belangen ingevolge haar statuten behartigt. Aan de eis dat de ingestelde rechtsvordering 'strekt tot bescherming van gelijksoortige belangen van andere personen' is voldaan indien de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van de belanghebbenden kan worden bevorderd.

3.4. Vast staat dat FNV een vereniging is met volledige rechtsbevoegdheid. Krachtens haar statuten heeft FNV ten doel het behartigen van materiële en immateriële belangen van werkenden en niet-werkenden. Zij is bevoegd om ter verwezenlijking van dit doel gerechtelijke procedures te voeren ter bescherming van de belangen van leden dan wel ter bescherming van de belangen van werkenden en/of niet-werkenden waaronder het voeren van een groepsactie als bedoeld in artikel 3:305a BW (zie artikel 8.2 onder i van de statuten van FNV). De kantonrechter is van oordeel dat het in de onderhavige zaak niet alleen gaat om eisers sub 2 tot en met 10 maar om alle werknemers die werkzaam waren bij de gefailleerde onderneming PGV. Een oordeel over de vraag of op de doorstart van PGV in [gedaagde partij] de Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is, zal immers mede zijn weerslag hebben op werknemers die nu geen partij zijn bij de onderhavige procedure.

3.5. [gedaagde partij] heeft verder betoogd dat FNV niet ontvankelijk is omdat zij onvoldoende heeft getracht het gevorderde te bereiken door overleg als bedoeld in artikel 3:305a lid 2 BW. Ook dit betoog slaagt niet. Bij brieven van 9 en 21 juni 2015 is [gedaagde partij] door FNV aangeschreven en heeft zij de situatie aan [gedaagde partij] voorgelegd alsmede verzocht om aan alle ontslagen werknemers te berichten dat zij tewerk worden gesteld in hun eigen functies en dat aan hen het achterstallige loon wordt uitbetaald. Door [gedaagde partij] is afwijzend gereageerd op dit verzoek. Uit deze gang van zaken concludeert de kantonrechter dat weliswaar is geprobeerd om overleg te voeren, maar dat dit tot niets heeft geleid. Daarbij heeft te gelden dat de stellingen van partijen diametraal tegenover elkaar staan, zodat het ook weinig zinvol zou zijn geweest om andermaal te trachten om in overleg te treden met [gedaagde partij] .

3.6. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat FNV ontvankelijk is in haar vorderingen.

#### *Vermeerdering van eis*

3.7. FNV c.s. heeft bij conclusie van repliek haar eis gewijzigd, in die zin dat zij een meer subsidiaire vordering heeft ingesteld. [gedaagde partij] heeft hiertegen bezwaar gemaakt.

3.8. Dienaangaande overweegt de kantonrechter dat ingevolge artikel 130 van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering (hierna: Rv) zolang geen eindvonnis is gewezen door de rechter, eiser bevoegd is om zijn eis of gronden daarvan schriftelijk te veranderen of te vermeerderen. Alleen indien zulks in strijd is met de eisen van goede procesorde, kan een dergelijke wijziging of vermeerdering buiten beschouwing worden gelaten.

3.9. De kantonrechter is van oordeel dat de onderhavige eiswijziging dient te worden geweigerd, nu deze in strijd is met de eisen van goede procesorde. De gewijzigde eis van FNV c.s. betreft in de kern een geheel nieuwe vordering. De beoordeling van deze nieuwe vordering en de daaraan ten

grondslag gelegde feiten vragen – gelet ook op het verweer van [gedaagde partij] – om een nieuw partijdebat. Aangezien er bij wijze van uitzondering na comparitie van partijen een nieuwe schriftelijke ronde is toegestaan door de kantonrechter, valt niet in te zien waarom FNV c.s. haar eis niet eerder heeft gewijzigd. Een eiswijzing in dit stadium van de procedure leidt tot een extra nadere schriftelijke ronde en zal bijgevolg alleen maar tot onredelijke vertraging van de procedure leiden. FNV c.s. dient daarom haar nieuwe vordering, zo zij deze wenst te handhaven, in een afzonderlijke procedure aan de orde te stellen.

#### *Richtlijn 2001/23/EG*

- 3.10. Bij vonnis van 23 november 2016 heeft de kantonrechter de zaak aangehouden in afwachting van de antwoorden op de prejudiciële vragen die door de rechtbank Midden-Nederland in de zaak FNV- Smallsteps (ECLI:NLRBMNE:2016:954) aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) zijn gesteld. Bij arrest van 22 juni 2017 (ECLI:EU:C:2017:489) heeft het Hof van Justitie die vragen beantwoord.
- 3.11. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn 2001/23/EG omschreven uitzondering van de in de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn omschreven hoofdregel strikt moet worden uitgelegd. De uitzondering is slechts van toepassing als is voldaan aan alle drie de in artikel 5 van de Richtlijn 2001/23/EG genoemde voorwaarden, te weten:
1. de vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure (r.o. 45 e.v. van het arrest);
  2. deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de onderneming (r.o. 47 e.v. van het arrest);
  3. de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (r.o. 53 e.v. van het arrest).
- 3.12. Door het Hof van Justitie is ten aanzien van de eerste voorwaarde nader uitgewerkt dat de regels van een faillissementsprocedure zich niet uitstrekken tot een transactie die het faillissement voorbereidt, maar uiteindelijk niet tot een faillissement leidt. Wat de tweede voorwaarde aangaat, heeft het Hof van Justitie uiteen gezet dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen het doel van de procedure. Enerzijds kan er sprake zijn van een procedure met als doel voortzetting van de activiteiten van de onderneming en anderzijds kan de procedure tot doel hebben liquidatie van het vermogen van de vervreemder met als doel een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gemeenschappelijke schuldeisers. Het Hof van Justitie onderkent daarbij dat er een zekere overlapping kan bestaan tussen de twee doelen. Tot slot heeft het Hof van Justitie ten aanzien van de derde voorwaarde opgemerkt dat er een wettelijke grondslag dient te zijn die het mogelijk maakt om een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te stellen.
- 3.13. De kantonrechter stelt alvorens de zaak inhoudelijk te (kunnen) beoordelen voorop dat de nationale rechters de plicht hebben zoveel mogelijk richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht toe te passen in het licht van de bewoordingen en het doel van die richtlijn. Die interpretatie bij geschillen tussen (rechts)personen mag echter niet zo ver gaan dat in strijd met Europese rechtsbeginselen wordt geoordeeld of de uitleg contra legem is. De kantonrechter dient in het onderhavige geval te toetsen aan artikel 7:666 BW en dient daarbij dus rekening te houden met het doel en de uitleg van de Richtlijn 2001/23/EG, mede zoals door het Hof van Justitie in het arrest van 22 juni 2017 is verwoord.
- 3.14. [gedaagde partij] heeft zich op het standpunt gesteld dat een richtlijn conforme interpretatie contra legem zou zijn. In artikel 7:666 lid 1 sub a BW is bepaald dat de artikelen 7:662 tot en met 7:665 BW niet van toepassing zijn indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. In artikel 1 van de Faillissementswet is opgenomen dat van een faillissement sprake is als de schuldenaar in een toestand verkeerd dat deze is opgehouden te betalen. Het doel van een faillissement is te allen tijde het te gelde maken van het vermogen van de failliet met als de doel de schuldeisers te kunnen afbetalen. Ook in het nationale

recht wordt beoordeeld of het faillissement dit doel dient. Indien immers het faillissement een ander doel zou dienen, bijvoorbeeld het willen ontkomen aan arbeidsrechtelijke verplichtingen waardoor werknemers de aan hen toekomende arbeidsrechtelijke bescherming wordt ontnomen, dan is er in het nationale recht sprake van misbruik van bevoegdheid. In het verlengde hiervan dient dan ook de uitleg van het Hof van Justitie te worden begrepen dat gekeken moet worden naar het doel van het faillissement. Een richtlijn conforme interpretatie betekent dan ook geen uitleg die indruist tegen het wettelijk systeem. Het betoog van [gedaagde partij] faalt op dit punt, zodat de kantonrechter nu toekomt een de beoordeling van de door het Hof van Justitie gegeven criteria.

- 3.15. De kantonrechter stelt in de onderhavige zaak vast dat niet in geschil is dat PGV verwickeld was in een faillissementsprocedure en dat dit ook uiteindelijk heeft geleid tot een faillissement. Evenmin is tussen partijen in geschil dat de benoeming van de beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris geen wettelijke grondslag kent. Dat er inmiddels een wetsvoorstel is ingediend, doet aan het vorenstaande niets af.
- 3.16. Dan komt de kantonrechter toe aan de beoordeling van de tweede voorwaarde, namelijk was de procedure ingezet met het oog op liquidatie van het vermogen van PGV. FNV c.s. stelt dat het doel van de ingeleide faillissementsprocedure was het doorstarten van de onderneming, terwijl [gedaagde partij] stelt dat het doel was liquidatie van het vermogen van PGV.
- 3.17. Vooropgesteld wordt dat er niet aan getwijfeld wordt dat PGV een negatief eigen vermogen had en er sprake was van een groot aantal opeisbare vorderingen. Hoewel FNV c.s. betoogt dat er geen sprake was van een situatie dat PGV was opgehouden met betalen, dient de kantonrechter thans uit te gaan dat van die situatie wel sprake was. Door de rechtbank Oost-Brabant is bij vonnis van 8 april 2015 immers de verzetprocedure die was ingesteld tegen de faillietverklaring ongegrond verklaard.
- 3.18. Dat er sprake was van een situatie waarin PGV was opgehouden te betalen, maakt echter nog niet dat de kantonrechter van oordeel is dat het faillissement van PGV tot doel had liquidatie van het vermogen ten einde een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gemeenschappelijke schuldeisers te bewerkstelligen. Uit het faillissementsverslag d.d. 6 oktober 2015 blijkt dat PGV deel uitmaakte van het netwerk van TransMission B.V. Dit netwerk bedient een groot aantal landelijke klanten. Een faillissement van PGV – dat als distributiecentrum van het netwerk diende – zou tot gevolg hebben dat PGV zou stilvallen met aanzienlijke schade aan het TransMission netwerk als gevolg. PGV, maar zeker TransMission B.V. had er dank ook alle belang bij dat PGV na faillissement direct zou doorstarten. Uit hetzelfde faillissementsverslag blijkt ook duidelijk dat de heer [X], directeur van [vennootschap van de heer X] B.V. (zijnde de moedervenootschap van de failliete PGV) vanaf het moment dat de stille bewindvoering in ging – 20 maart 2015 – te kennen gaf zelf een doorstart van de onderneming te willen beproeven. Tot slot wordt in het faillissementsverslag beschreven dat gedurende de periode van stille insolventie onder toezicht van de beoogd curator gesprekken hebben plaatsgevonden met de potentiële overnamekandidaten met het uiteindelijke doel een doorstart na faillissement te realiseren.
- 3.19. Ter realisatie van de wens om een doorstart te realiseren is op 27 maart 2015 een indicatief bod uitgebracht door drie dochterondernemingen van [vennootschap van de heer X], namelijk de toen nog zijnde Materieel 6005 B.V., M&V HR B.V. en TLW B.V. Dit wijst er sterk op dat er binnen het concern van [vennootschap van de heer X] B.V. niet de intentie bestond om het vermogen van PGV te liquideren. Bovendien bevreedt het de kantonrechter in hoge mate dat er binnen de dochtermaatschappijen van het concern [vennootschap van de heer X] B.V. enerzijds kennelijk wél de financiële middelen bestond om na faillissement een doorstart te realiseren terwijl er anderzijds niet voor is gekozen om de benodigde financiële impuls te geven teneinde PGV in haar hoedanigheid van distributiecentrum te behouden.
- 3.20. Het bovenstaande in ogenschouw nemende is de kantonrechter dan ook van oordeel dat de

faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op doorstart van PGV en niet (louter) gericht was op de liquidatie van het vermogen van PGV. Dit betekent dus dat de beschermingsregels van artikel 3 en 4 van de Richtlijn 2001/23/EG – in nationale wetgeving verankerd in artikel 7:662 BW e.v. – voor werknemers in geval van een overgang van onderneming hun werking behouden.  
*Overgang van onderneming*

- 3.21. De vraag die zich vervolgens voordoet is dan ook of er sprake is van een overgang van onderneming.
- 3.22. De kantonrechter overweegt dat voor de toepassing van de artikelen 7:662-666 BW onder 'overgang' moet worden verstaan 'de overgang, ten gevolge van een overeenkomst (...) van een economische eenheid die haar identiteit behoudt', terwijl onder 'economische eenheid' moet worden verstaan 'een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit' (zie artikel 7:662 lid 2, aanhef en onder a en b, BW)
- 3.22.1. Vanuit de beschermingsgedachte van de Richtlijn 2001/23/EG is voor de vraag of sprake is van een overgang in de zin van de richtlijn het beslissende criterium, of de identiteit van de betrokken eenheid bewaard blijft, wat met name blijkt uit het feit dat de exploitatie ervan in feite wordt voortgezet of hervat. Om vast te stellen of aan deze voorwaarden is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken, zoals de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiele activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeenkomen, en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten. Al deze factoren zijn evenwel slechts deelaspecten van het te verrichten globale onderzoek en mogen daarom niet elk afzonderlijk worden beoordeeld. (vgl. HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127, Spijkers/Benedik).
- 3.23. De werkzaamheden zijn als gevolg van het faillissement niet komen stil te liggen en met ingang van 1 april 2015 zijn de werkzaamheden voortgezet door eerst M&V B.V. die per 3 april 2015 haar naam heeft laten wijzigen in [gedaagde partij] B.V.
- 3.24. Door FNV c.s. is ter onderbouwing van haar stelling dat er sprake is van overgang van onderneming diverse verklaringen en/of mediaberichten overgelegd. Uit deze berichten blijkt dat [gedaagde partij] feitelijk dezelfde werkzaamheden verricht als die door PGV werden verricht. In dit verband wijst de kantonrechter naar onder andere productie op de productie 18 en 21 zoals overgelegd bij dagvaarding. Door [gedaagde partij] is betwist dat zij hetzelfde werk verricht. Zij stelt enkel dat [gedaagde partij] werkzaamheden verricht van een expeditiebedrijf, maar laat na gedetailleerd te onderbouwen in welk opzicht dit verschilt van de werkzaamheden die voorheen door PGV werden verricht. Zonder een deugdelijke toelichting kan [gedaagde partij] dan ook, gelet op de overgelegde mediaberichten, niet worden gevolgd in haar stelling dat de werkzaamheden wezenlijk anders zijn dan door PGV werd verricht. In dit verband is van belang dat PGV een transportonderneming betrof voor goederenvervoer en dat zij binnen het TransMission-netwerk diende als distributiecentrum. Ook voor klanten uit de eigen regio diende PGV als distributiecentrum (zie onder andere het faillissementsverslag PGV B.V. van 22 april 2015). Ingevolge het uittreksel van het handelsregister van de Kamer van Koophandel bestaan de activiteiten van [gedaagde partij] onder andere uit goederenvervoer over de weg, de exploitatie van een expeditiebedrijf, verzorging van logistieke processen, op- en overslag van goederen en transporten. Dit betreft dan ook nagenoeg dezelfde werkzaamheden als PGV verrichtte. Anders dan PGV is [gedaagde partij] volgens het handelsregister (groothandel) in de verhuur en leasing van automobielen, motoren en motorrijwielen, maar niet blijkt dat dit de hoofdwerkzaamheden van [gedaagde partij] betreft.



- 3.25. Vast staat dat [gedaagde partij] van PGV de immateriële activa, de goodwill, het klantenbestand, de offerteportefeuille, de technische knowhow, de handelsnaam en de vorderingen van debiteuren heeft overgenomen. Dit wordt immers erkend in de conclusie van antwoord. Met name het gegeven dat het klantenbestand en de handelsnaam door [gedaagde partij] is verkregen acht de kantonrechter van belang. Deze omstandigheden zijn wat de kantonrechter kenmerkend voor de wijze waarop [gedaagde partij] zich naar buiten toe presenteert. Daarmee blijft de identiteit van het bedrijf naar het oordeel van de kantonrechter behouden. Op geen enkele wijze is door [gedaagde partij] bovendien betoogd dat het voor haar klantenkring duidelijk was dat zij andersoortig werk verricht dan voorheen door PGV werd gedaan of dat zij als een op zichzelf staande economische entiteit moest worden beschouwd. Het tegenovergestelde lijkt eerder het geval, aangezien [gedaagde partij] de rol die PGV binnen het TransMission netwerk vervulde op zich heeft genomen.
- 3.26. Dat het materieel en personeel van PGV elders is ondergebracht, namelijk bij Materieel 6005 respectievelijk TLW geeft de kantonrechter geen aanleiding om anders te oordelen. Door het Hof van Justitie is in de zaak Klarenberg / Ferrotron van 12 februari 2009 (ECLI:EU:C:2009:466) geoordeeld dat ook sprake kan zijn van een overgang van onderneming wanneer de verkrijger (in dit geval [gedaagde partij] ) het overgedragen onderdeel niet als organisatorische eenheid behoudt, op voorwaarde dat de functionele band tussen de verschillende overgegang onderdelen wordt gehandhaafd en deze de verkrijger de mogelijkheid biedt om deze productiefactoren te gebruiken om dezelfde of een soortgelijke economische activiteit voort te zetten. En daarvan is in casu sprake. Niet betwist wordt dat het personeel, dat formeel weliswaar is ondergebracht bij TLW, door [gedaagde partij] wordt ingezet om de werkzaamheden te verrichten en dat hiervoor het materieel wordt gebruikt dat is ondergebracht bij Materieel 6005 B.V.
- 3.27. De slotsom is dan ook dat de kantonrechter van oordeel is dat er sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:662 BW.

*Gevolgen opzegging arbeidsovereenkomsten door curator*

- 3.28. Niet in geschil is dat de curator op 31 maart 2015 de arbeidsovereenkomsten met 95 werknemers van PGV heeft opgezegd. De kantonrechter ziet zich gelet op de conclusie dat er sprake is van een overgang van onderneming voor de vraag geplaatst of en welke rechtskracht aan die opzegging toekomt. FNV c.s. betoogt dat er sprake is van een van rechtswege nietige handeling. Ook wijst FNV c.s. erop dat er een opzegverbod geldt als bedoeld in artikel 7:670 lid 8 BW.
- 3.29. De kantonrechter is van oordeel dat de vraag of er sprake is van een nietige (of vernietigbare) handeling door de curator, pas kan worden beantwoord indien duidelijk is op welk moment de overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Indien namelijk komt vast te staan dat er sprake is van overgang van onderneming vóór faillietverklaring, dan is de curator niet bevoegd om de werknemers te ontslaan aangezien de werknemers in dienst zijn getreden van de nieuwe werkgever.
- 3.30. Het tijdstip van de overgang van onderneming valt samen met het tijdstip waarop de hoedanigheid van ondernemer die de overgedragen entiteit exploiteert, van de vervreemder op de verkrijger overgaat. Hierbij gaat het om een precies tijdstip, dat niet naar goeddunken van de vervreemder of de verkrijger kan worden verschoven. De arbeidsovereenkomsten die tussen de vervreemder en de werknemers van de overgedragen onderneming bestaan op het tijdstip van overgang, worden geacht op dat tijdstip van de vervreemder op de verkrijger over te gaan, ongeacht de in dat verband tussen laatstgenoemden overeengekomen regeling (zie in dit verband een arrest van het Hof van Justitie d.d. 14 november 1996, ECLI:NL:XX:2005:AU1739 (Celtec).
- 3.31. Bepalend bij de te maken beoordeling is met ingang van welke datum de exploitatie door toen M&V HR B.V. en daags later [gedaagde partij] is overgenomen. Vast staat dat het faillissement op

30 maart 2015 is uitgesproken en op 1 april 2015 finale overeenstemming is bereikt over de voorwaarden waaronder PGV is overgenomen. Ook is op die datum door de rechter-commissaris toestemming gegeven voor de voorgenomen transactie. Door de curator is in het faillissementsverslag van 6 oktober 2015 opgetekend dat vanaf het moment dat PGV failliet is verklaard tot de doorstart op 1 april 2015 de onderneming door de curator is voortgezet. Zo zijn ook pas op 1 april 2015 de medewerkers ingelicht die een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden kregen bij M&V HR B.V. (lees: [gedaagde partij] ). Uit deze gang van zaken kan de kantonrechter niet anders dan concluderen dat pas vanaf 1 april 2015 de exploitatie door M&V HR (lees: [gedaagde partij] ) is voortgezet en dat vanaf die datum sprake is van een overgang van onderneming. Weliswaar heeft FNV c.s. betoogd dat het zwaartepunt van de overgang was gelegen vóór faillissement, maar zij heeft die stelling onvoldoende feitelijk weten te onderbouwen. De omstandigheid dat er sprake is van een prepack-constructie betekent immers op zichzelf genomen nog niet dat de overgang van onderneming dan ook al voor de daadwerkelijke faillietverklaring heeft plaatsgevonden.

- 3.32. De kantonrechter stelt vast dat de opzegging door de curator, anders dan FNV c.s. betoogt heeft plaatsgevonden voordat er sprake was van een overgang van onderneming. Aldus komt aan de opzegging rechtskracht toe, ook al is die opzegging gedaan met het zicht op – en mogelijk in strijd met het opzegverbod geldende in het geval van – de overgang van onderneming. In het geval de opzegging is gebeurd in strijd met in artikel 7:670 lid 8 BW (oud) neergelegde opzegverbod, had het op de weg van FNV c.s. gelegen om binnen twee maanden nadat de opzegging heeft plaatsgevonden, de vernietiging daarvan in te roepen. Dit volgt uit 7:677 lid 5 BW (oud). Weliswaar is namens eisers sub 2 tot en met 8 op 9 juni 2015 en namens eiser sub 10 op 21 juni 2015 een brief gestuurd aan [gedaagde partij] met daarin de mededeling dat werknemers zich op het standpunt stellen dát er sprake is van een overgang van onderneming en zij mee over zijn gegaan naar [gedaagde partij] , maar deze brief is in de eerste plaats niet verstuurd binnen twee maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst en bovendien wordt daarin ook niet expliciet de opzegging vernietigd. De kantonrechter kan dan ook niet anders dan concluderen dat door de werknemers niet (tijdig) de vernietigbaarheid van de opzegging is ingeroepen en de arbeidsovereenkomsten zijn geëindigd.
- 3.33. Het voorgaande betekent voor de vordering van FNV c.s. het volgende.  
De arbeidsovereenkomsten zijn opgezegd vóór de overgang van onderneming, maar op de datum van die overgang waren de arbeidsovereenkomsten nog niet geëindigd. Dit betekent dat eisers sub 2 tot en met 10 voor de resterende duur van de opzegtermijn van zes weken – dus tot 12 mei 2015 – in dienst zijn getreden van [gedaagde partij] . Ingevolge het bepaalde in artikel 7:663 BW gaan bij een overgang van onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever van de onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Dit maakt dan ook dat [gedaagde partij] vanaf 1 april 2015 tot het einde van de arbeidsovereenkomsten gehouden was het loon en overige arbeidsvoorwaarden van eisers 2 tot en met 10 te voldoen zoals deze ook door PGV voor die tijd zijn voldaan. Aldus hebben eisers 2 tot en met 10 een terechte loonaanspraak.

#### *Loonvorderingen*

- 3.34. FNV c.s. vordert – samengevat weergegeven – dat [gedaagde partij] het loon vanaf 31 maart 2015 tot het moment dat een rechtsgeldig einde aan de arbeidsovereenkomsten, betaalt. De kantonrechter is van oordeel dat deze vordering kan worden toegewezen met inachtneming van hetgeen onder rechtsoverweging 3.34 is overwogen. De loonaanspraak – en daarmee dus de loondoorbetalingsverplichting – bestaat derhalve vanaf 1 april 2015 tot 12 mei 2015.
- 3.35. Door [gedaagde partij] is een beroep gedaan op matiging en wel primair op grond van artikel 7:680a BW subsidiair op grond van artikel 6:248 lid 2 BW.  
De kantonrechter ziet geen aanleiding toepassing te geven aan de matigingsbevoegdheid van artikel 7:680a BW. Het is immers [gedaagde partij] geweest die in strijd heeft gehandeld met een

opzegverbod en niet valt in te zien dat de werknemers die daaronder te lijden hebben gehad, hier (nogmaals) de dupe van moeten worden. Bovendien is de loonvordering thans op dusdanige wijze in omvang beperkt dat ook niet valt in te zien dat door toewijzing van de vordering tot loondoorbetaling tot een financiële noodsituatie aan de zijde van [gedaagde partij] lijdt. Ditzelfde geldt ook voor wat betreft het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Door [gedaagde partij] is een risico genomen en de consequenties daarvan mogen dan ook niet op haar (voormalig) werknemers worden afgewenteld. Ook volgt de kantonrechter [gedaagde partij] niet in haar stelling dat de werknemers zich uiterst passief hebben opgesteld. Namens FNV c.s. is immers bij brief van 9 juni 2015 het standpunt ingenomen dat er sprake is van een overgang van onderneming zodat [gedaagde partij] toen al maatregelen had kunnen nemen.

- 3.36. Aldus zal de kantonrechter in het dictum overgaan tot het veroordelen van [gedaagde partij] om aan eisers sub 2 tot en met 10 het loon over de periode 1 april 2015 tot 12 mei 2015 te betalen. De hierover wettelijke verhoging zoals bedoeld in artikel 7:625 BW zal de kantonrechter, als onvoldoende gemotiveerd weersproken, ook toewijzen. De wettelijke rente die is gevorderd zal worden toegewezen vanaf de dag der dagvaarding, omdat niet gebleken is van een andere datum waarop [gedaagde partij] in verzuim is geraakt. Ook wordt [gedaagde partij] veroordeeld om de overige loonaanspraken aan eisers sub 2 tot en met 10 te voldoen tot het moment waarop aan de arbeidsovereenkomsten een einde is gekomen. Daarbij is [gedaagde partij] gehouden aan eisers sub 2 tot en met 10 een deugdelijke bruto-netto-specificatie te overleggen van de aan hen betaalde bedragen. De kantonrechter zal hier een dwangsom aan verbinden van € 100,00 per dag dat [gedaagde partij] hiermee in gebreke blijft met een maximum van € 10.000,00 per werknemer.

#### *Slotsom*

- 3.37. Het voorgaande betekent voor de ingestelde vorderingen dat de primaire vordering kan worden toegewezen, met dien verstande dat eisers sub 2 tot en met 10 vanaf 1 april 2015 in dienst zijn getreden van [gedaagde partij]. Wat de vordering betreft zoals geformuleerd onder rechtsoverweging 2.1. onder B geldt dat aan de vordering om aan eisers 2 tot en met 10 te berichten dat zij in dienst zijn getreden bij [gedaagde partij] vanaf 1 april 2015 en hun toe te laten tot hun werk, moet worden afgewezen. Met dit vonnis hebben eiser sub 2 tot en met 10 hun juridische positie immers duidelijk en gelet op het feit dat er een einde is gekomen aan de arbeidsovereenkomsten, hebben zij dan ook geen belang meer bij de vordering tot wedertewerkstelling. Wat betreft de vordering [gedaagde partij] te veroordelen tot het betalen van het achterstallige loon en overige loonaanspraken vanaf 1 april 2015 tot het einde van de arbeidsovereenkomst alsmede het verstrekken van bruto-nettospecificaties, heeft te gelden dat die vordering met de beperkingen zoals onder rechtsoverweging 3.35 tot en met 3.37 voor toewijzing gereed ligt. De vordering om over te gaan tot het tijdig betalen van het nog verschuldigd wordend loon, wordt afgewezen.
- 3.38. [gedaagde partij] heeft verzocht dit vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Op grond van artikel 233 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) kan de rechter, indien dit wordt gevorderd, verklaren dat zijn vonnis uitvoerbaar bij voorraad wordt verklaard, tenzij uit de wet of uit de aard van de zaak anders voortvloeit. Noch de wet, noch de aard van de zaak verzet zich naar het oordeel van de kantonrechter tegen de gevorderde uitvoerbaarverklaring bij voorraad zodat deze zal worden toegewezen.

#### *De vorderingen van eiser sub 10*

- 3.39. Eiser sub 10 vordert [gedaagde partij] te veroordelen tot betaling van de transitievergoeding. Die vordering moet worden afgewezen omdat op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigde nog geen aanspraak bestond op een transitievergoeding. Die vergoeding vindt namelijk zijn grondslag in de per 1 juli 2015 gewijzigde Wet Werk en Zekerheid. Ook de vordering tot vergoeding van de buitengerechtelijke incassokosten wordt afgewezen. Naar het oordeel van de

kantonrechter heeft eiser sub 10 omtrent de aan de gerechtelijke procedure voorafgaande fase onvoldoende gespecificeerd en gemotiveerd gesteld om daaruit te kunnen concluderen dat werkzaamheden zijn verricht en kosten zijn gemaakt die de normale voorbereiding van een gerechtelijke procedure te buiten gaan. Daarmee is niet komen vast te staan dat de door eiser sub 10 bedoelde werkzaamheden en kosten verder strekten dan de verrichtingen en kosten waarvoor de artikelen 237 tot en met 240 Rv een voorziening geven.

Ten aanzien van de proceskosten heeft te gelden dat de gemachtigde van eiser sub 10 zich pas heeft gesteld nadat de dagvaarding is aangebracht, zodat hiermee rekening wordt gehouden bij de hierna te beoordelen proceskostenvergoeding. De nakosten zijn eveneens toewijsbaar.

#### *Proceskosten*

3.40. Bij deze stand van zaken heeft [gedaagde partij] te gelden als de in het ongelijk gestelde partij. Zij zal worden veroordeeld in de proceskosten. De kosten aan de zijde van FNV c.s. wordt gezamenlijk tot op heden begroot op:

- dagvaarding € 88,75
- griffierecht € 117,00

Totaal € 205,75.

Wat het salaris gemachtigde betreft worden de kosten van eisers sub 1 tot en met 9 begroot op € 2.400,00 (3,0 punt x € 800,00 liquidatietarief). Aangezien zich voor eiser sub 2 na indiening van de dagvaarding een andere gemachtigde heeft gesteld wordt het salaris van zijn gemachtigde tot op heden op € 1.600,00 (2.0 punt x € 800,00 liquidatietarief) begroot.

## **4 De beslissing**

De kantonrechter

- 4.1. verklaart voor recht dat op de doorstart van PGV in [gedaagde partij] de Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is,
- 4.2. verklaart voor recht dat de werknemers van PGV, waaronder ook eisers 2 tot en met 10 op basis van richtlijnconforme interpretatie van de artikelen 7:662 e.v. BW per 1 april 2015 met behoud van loon en overige arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij [gedaagde partij] ,
- 4.3. veroordeelt [gedaagde partij] om binnen twee maanden na betekening van dit vonnis aan eisers sub 2 tot en met 10 het loon en de overige loonaanspraken vanaf 1 april 2015 tot 12 mei 2016 te voldoen, vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW alsmede de wettelijke rente vanaf 21 april 2016 tot de dag der algehele voldoening,
- 4.4. veroordeelt [gedaagde partij] om binnen twee maanden na betekening van dit vonnis aan eisers sub 2 tot en met 10 een deugdelijke bruto-nettospecificatie te verstrekken over het betaalde als bedoeld onder rechtsoverweging 4.3 op straffe van een dwangsom ter hoogte van € 100,00 per dag, met een maximum van € 10.000,00 per eiser,
- 4.5. veroordeelt [gedaagde partij] in de proceskosten, aan de zijde van eisers sub 1 tot en met 9 heden begroot op € 2.605,75,
- 4.6. veroordeelt [gedaagde partij] in de proceskosten, aan de zijde van eiser sub 10 tot en met heden

begroot op € 1.600,00,

4.7. veroordeelt [gedaagde partij] onder de voorwaarde dat deze niet binnen twee maanden na aanschrijving door eiser sub 10 volledig aan dit vonnis voldoet, in de na deze beschikking ontstane kosten, begroot op:

- € 100,00 aan salaris gemachtigde,

- te vermeerderen, indien betekening van dit vonnis heeft plaatsgevonden, met de exploitkosten van betekening van dit vonnis,

4.8. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,

4.9. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. A.H.M.J.F. Piëtte en in het openbaar uitgesproken.

type: SM

coll: ph