

het hof alleen sprake zijn indien Revest NV een ernstig verwijt valt te maken van de niet-nakoming van dochter Revest BV jegens de werknemer. Zo'n ernstig verwijt was hier aan de orde omdat het handelen van Revest NV kon worden aangemerkt als het zich schuldig maken aan betalingsonwil of selectieve betaling. We hebben hier dus te maken met een situatie als bedoeld onder vier. Moeder Revest NV had zich via de interne zeggenschap in moeten zetten voor de betaling van het loon aan de werknemer van haar dochter Revest BV, met name nu zij de overname van de arbeidsovereenkomst had geïnitieerd. Er werd nog aangevoerd dat Revest BV niet in staat was tot salarisbetaling aan de werknemer, maar dat werd onvoldoende onderbouwd en ongeloofwaardig geacht aangezien twee andere collega's van de werknemer wel gewoon hun loon bleven ontvangen. Ook het betoog dat Revest NV niet langer in staat was om dochter Revest BV te financieren is om die reden onhoudbaar. Het oordeel van de kantonrechter en het hof is dus mede gebaseerd op de constatering dat de dochter over financiële middelen beschikte om de loonvordering te voldoen, maar betaling simpelweg weigerde. Vergelijkbaar met het arrest *Coral/Stalt* is sprake van het bewust, zonder rechtvaardiging en op basis van subjectieve factoren achterstellen van een vordering van een van de schuldeisers (de werknemer) ten opzichte van de overige schuldeisers.

Bij doorbraak van aansprakelijkheid in het arbeidsrecht geldt dezelfde norm die wordt gehanteerd in het vennootschapsrecht: als er sprake is van een hechte concernstructuur met beleidsinmenging dient een moedermaatschappij zich te realiseren dat zij in bepaalde situaties (hierboven onderverdeeld in vier categorieën) een zorgplicht heeft jegens de werknemers van haar dochtermaatschappij. Zo ook in deze uitspraak van het Hof Amsterdam. Hoewel uit de *Nacap*-uitspraak leek te volgen dat bovengenoemde zorgplicht groter is jegens werknemers dan jegens andere crediteuren, wordt dit in de jurisprudentie nadien niet bevestigd.

J.A. Tersteeg
La Gro Advocaten

50
<p>Rechtbank Noord-Holland 29 augustus 2014, nr. 3227122 / AO VERZ 14-2014 ECLI:NL:RBNHO:2014:9344 (mr. Pieters) Noot A. Stamoulis</p>
<p>Overgang van onderneming. Identiteitsbehoud. Kapitaalintensieve sector. Bedrijfsbeëindiging. Ontbinding. Sociaal plan.</p>
<p>Exploitatie supermarkt op Schiphol wordt door AH overgenomen van Food Village. Geen overgang van onderneming vanwege ontbreken identiteitsbehoud. Ontbinding arbeidsovereenkomst onder toekenning vergoeding conform sociaal plan.</p>
[BW art. 7:662, 7:663, 7:685]

Op luchthaven Schiphol exploiteert Food Village een supermarkt en een slijterij, genaamd *Liquors of the World*. Werknemer is op 12 juni 1998 bij Food Village in dienst getreden. Hij vervult de functie van

Assistent Shop Manager. Op 17 maart 2011 heeft Schiphol aan Food Village meegedeeld de huur- en de concessieovereenkomsten niet te willen verlengen. Op 26 maart 2012 zijn Food Village en FNV Bondgenoten een sociaal plan overeengekomen. Per 1 oktober 2014 komt een einde aan de tussen Schiphol en Food Village bestaande huur- en concessieovereenkomsten. AH en Gall&Gall hebben een huur- en een concessieovereenkomst met Schiphol gesloten met betrekking tot de door Food Village van Schiphol gehuurde bedrijfsruimten. Op 12 mei 2014 is tussen Food Village en AH een overeenkomst tot stand gekomen, waarbij onder meer is overeengekomen dat AH 36 van de 48 werknemers van Food Village een arbeidsovereenkomst zal aanbieden. In overleg met FNV Bondgenoten is het sociaal plan afgestemd op deze nieuwe situatie. AH heeft werknemer een arbeidsovereenkomst aangeboden in de functie van Medewerker Verkoopklaar, hetgeen hij heeft geweigerd. Thans verzoekt Food Village ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens het vervallen van de functie van werknemer als gevolg van staking van de bedrijfsactiviteiten. Werknemer voert verweer en stelt dat sprake is van een overgang van onderneming, waardoor hij per 1 oktober 2014 van rechtswege in dienst is van AH. De kantonrechter oordeelt als volgt. Uit de rechtspraak van het HvJ EU blijkt dat het begrip 'overdracht krachtens overeenkomst' ruim moet worden uitgelegd, en voorts dat beslissend is of de identiteit van een bedrijf bewaard blijft. Uit de overnameovereenkomst blijkt dat partijen uitdrukkelijk hebben bedongen dat geen activa, goodwill en personeel overgaan, en voorts dat partijen niet hebben beoogd de identiteit en uitstraling van het Food Village-concept te handhaven. Omtrent het behoud van identiteit wordt onder verwijzing naar de *Spijkers-criteria* (HvJ EU 18 maart 1986, NJ 1987/502) geoordeeld dat tussen partijen vaststaat dat een supermarkt en een slijterij moeten worden gekenmerkt als behorend tot de kapitaalintensieve sector. Daarbij is, anders dan bij een arbeidsintensieve sector, de vraag of materiële activa zoals winkelinventaris, producten en voorraden worden overgedragen van belang. Ten aanzien van de aard van de onderneming staat vast dat AH, net als Food Village, een supermarkt gaat exploiteren. De aard van deze supermarkt en de uitstraling daarvan, is echter wel verschillend. De extensieve uitleg van de richtlijn gaat naar het oordeel van de kantonrechter niet zo ver, dat de identiteit van de onderneming enkel is gelegen in het exploiteren van een supermarkt. Feit is immers dat supermarkten onderling verschillen vertonen, zowel in assortiment als in klantenkring. Het feit dat de klantenkring op Schiphol – vanwege de locatie en het feit dat op Schiphol, behoudens twee AH to go's, verder geen supermarkten gevestigd zijn – grotendeels hetzelfde zal zijn doet hieraan niet af. Food Village heeft onderbouwd en onweersproken gesteld dat alle voorraden worden teruggenomen door de leveranciers, dat de winkel geheel leeg en ontdaan van inventaris wordt opgeleverd en dat AH in het geheel géén activa van Food Village overneemt. In dit geval is de omstandigheid dat in het geheel geen activa worden overgenomen er één die naast de overige omstandigheden bijdraagt aan de conclusie dat geen sprake is van overgang van onderneming. Vaststaat dat van de 48 medewerkers van Food Village, er 36 een arbeidsovereenkomst aangeboden hebben gekregen bij AH. Daarmee staat vast dat een groot gedeelte van het personeel bij AH in dienst treedt. Tijdens de zitting is echter onweersproken gesteld dat de betreffende werknemers grotendeels in andere filialen van AH te werk zullen worden gesteld en niet in het nieuwe filiaal van AH op Schiphol. Slechts acht ex-medewerkers van Food Village worden in het filiaal van AH op Schiphol geplaatst. Daarmee kan niet gezegd worden dat de overgang van personeel van Food Village naar AH wezenlijk bijdraagt aan behoud van de identiteit van de onderneming. Geoordeeld wordt dat geen sprake is van een overgang van onderneming. Nu tussen partijen niet in debat is dat Food Village haar bedrijfsactiviteiten op Schiphol staakt per 1 oktober 2014,

vervalt per deze datum de functie van werknemer. De arbeids-overeenkomst wordt ontbonden. Er is geen aanleiding om af te wijken van het gewijzigd sociaal plan zoals dat is vastgesteld tussen Food Village en de vakbonden. Aan werknemer wordt derhalve een vergoeding toegekend met C=0,65 (€ 26.415,02 bruto).

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

Food Village (Schiphol) B.V.

te Amsterdam

verzoekster

hierna te noemen Food Village

gemachtigde mr. C.C. Buijsman-Kip

tegen

[verweerder]

te [woonplaats]

verweerder

hierna te noemen [verweerder]

gemachtigde mr. I. Epe

Rechtbank:

De procedure

Op 9 juli 2014 is ter griffie een verzoekschrift ontvangen van Food Village. [verweerder] heeft een verweerschrift ingediend. De mondelinge behandeling van de zaak heeft plaatsgevonden op 19 augustus 2014. Op deze zitting hebben partijen hun standpunten nader toegelicht. De gemachtigden van partijen hebben pleitnotities overgelegd. De griffier heeft aantekeningen gemaakt van wat partijen verder naar voren hebben gebracht. Beide partijen hebben producties in het geding gebracht.

De feiten

1. Food Village exploiteert winkels op luchthavens en stations. Op luchthaven Schiphol exploiteert Food Village een supermarkt en een slijterij, genaamd Liquors of the World.
2. [verweerder] is op 12 juni 1998 bij Food Village in dienst getreden. Hij vervult de functie van Assistent Shop Manager in de supermarkt tegen een salaris van (thans) € 3533,78 bruto per maand inclusief vakantiegeld.
3. Tussen Food Village en Schiphol Nederland B.V. (hierna: Schiphol), eigenaar van de bedrijfsruimten op de luchthaven, bestaat sinds 1995 een huur- en concessierelatie met betrekking tot zowel de supermarkt als de slijterij.
4. Op 17 maart 2011 heeft Schiphol aan Food Village meegedeeld de huur- en de concessieovereenkomsten na 31 augustus 2011 niet te willen verlengen. Food Village is niet akkoord gegaan met de beëindiging van de huur- en concessieovereenkomsten.
5. Op 7 juni 2011 heeft Food Village Schiphol in rechte betrokken en (onder meer) een verklaring voor recht gevorderd dat de huurovereenkomst en/of concessieovereenkomst tussen Food Village en Schiphol niet op 31 augustus 2011 zou eindigen.
6. Op 18 juli 2011 heeft Schiphol Food Village gedagvaard in kort geding en ontruiming van de winkelruimten per 31 augustus 2011 gevorderd. Bij vonnis van 15 september 2011 heeft de kantonrechter de vordering afgewezen. Schiphol heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.
7. Op 26 maart 2012 zijn Food Village en FNV Bondgenoten een Sociaal Plan overeengekomen met voorzieningen voor het personeel in geval van beëindiging door Food Village van haar bedrijfsactiviteiten op de luchthaven Schiphol. Deze overeenkomst voorziet onder meer in een beëindigingsvergoeding op basis van de kantonrechttersformule met toepassing van een C-factor van 0,65.
8. Schiphol is met Albert Heijn B.V. (hierna: AH) en Gall&Gall

in overleg getreden over de totstandkoming van een huur- en concessieovereenkomst voor de door Food Village gehuurde bedrijfsruimten op de luchthaven Schiphol.

9. Bij vonnis van 28 maart 2013 heeft de kantonrechter de op 7 juni 2011 door Food Village tegen Schiphol ingestelde vordering afgewezen. Food Village heeft tegen het vonnis hoger beroep ingesteld.

10. AH en Gall&Gall hebben ieder een huur- en een concessieovereenkomst met Schiphol gesloten met betrekking tot de door Food Village van Schiphol gehuurde bedrijfsruimten.

11. Op 12 mei 2014 is tussen Food Village en AH een overeenkomst ("Agreement") tot stand gekomen, waarbij partijen onder meer het volgende zijn overeengekomen: "Albert Heijn will offer ultimately on 16 June 2014 an employment contract to 75% equal to 36 of 48 of Food Village's employees, working at the liquor store and supermarket [...] per 1 Oktober 2014 [...]."

12. In de overeenkomst is bij (e) onder meer opgenomen dat "The parties acknowledge and agree that Food Village will not transfer material assets, including stock, know how, data or whatever may be considered as a part of the Food Village business at the Premises and that it does not transfer the goodwill or any other immaterial assets to Albert Heijn. Parties acknowledge that the nature and identity of the business of Food Village at the Premises is materially different from an Albert Heijn supermarket of this size."

13. In de overeenkomst is bij (f) opgenomen dat "The Parties acknowledge that there will be no transfer of undertaking as a result of Albert Heijn running a supermarket at the Premises and taking up the obligations as laid down in this Agreement. Parties also acknowledge that the rights and the obligations under the employment agreements between the Employees and Food Village will not be transferred to Albert Heijn."

14. Artikel 2 van de overeenkomst luidt als volgt: "Food Village will hold Albert Heijn harmless and indemnifies Albert Heijn against all allegations and/or claims from any Employee [...] that this employment agreement with Food Village has been transferred by operation of law to Albert Heijn pursuant to the Transfer of Undertaking Act as described in 7:622 of the Dutch Civil Code and/or claims that the terms and conditions of employment agreement of Food Village (including the Amended Redundancy Plan) apply."

15. Eveneens op 12 mei 2014 hebben Food Village en FNV Bondgenoten een amendement op het sociaal plan van 26 maart 2012 ondertekend. Hierbij zijn Food Village en FNV Bondgenoten overeengekomen dat voor de toepassing van het Sociaal Plan onderscheid wordt gemaakt in drie groepen winkelmedewerkers met elke een eigen beëindigingsvergoeding, te weten: Groep 1 (Aanbod Werknemer A): de werknemer in dienst op datum van sluiting die een aanbod krijgt bij AH in dienst te treden met een totaal arbeidsvoorwaardenpakket dat in zijn geheel genomen (ten minste) gelijkwaardig is aan het arbeidsvoorwaardenpakket waarop hij/zij recht had op het moment van beëindiging van zijn/haar arbeids-overeenkomst met Food Village, komt in aanmerking voor een beëindigingsvergoeding op basis van een C-factor van 0,26.

Groep 2 (Aanbod Werknemer B): de werknemer in dienst op datum van sluiting die een aanbod krijgt bij AH in dienst te treden met een totaal arbeidsvoorwaardenpakket dat tot 15% lager is dan het arbeidsvoorwaardenpakket waarop hij/zij recht had op het moment van beëindiging van zijn/haar arbeidsovereenkomst met Food Village, komt in aanmerking komen voor een beëindigingsvergoeding op basis van een C-factor van 0,4 dan wel, indien het arbeidsvoorwaardenpakket meer dan 15% lager is dan het arbeidsvoorwaardenpakket waarop hij/zij recht had op het moment van beëindiging van zijn/haar arbeidsovereen-

komst met Food Village, voor een vergoeding op basis van een C-factor van 0,65.

Groep 3: de werknemer die geen aanbod krijgt van AH krijgt de keuze tussen een beëindigingsvergoeding op basis van een C-factor van 0,65 en een budget van maximaal € 2000,= exclusief btw ten behoeve van outplacement of een beëindigingsvergoeding op basis van een C-factor van 0,7 zonder vergoeding voor outplacement.

16. Op 12 juni 2014 heeft AH aan [verweerder] een aanbod gedaan bij AH in dienst te treden in de functie van Medewerker Verkoopklaar bij één van haar supermarkten tegen een salaris van € 1648,= bruto per vier weken. [verweerder] heeft het aanbod niet geaccepteerd.

17. Op 17 juni 2014 heeft Food Village de winkelmedewerkers laten weten dat zij haar bedrijfsactiviteiten op luchthaven Schiphol met ingang van 1 oktober 2014 zal staken en dat alle arbeidsplaatsen per die datum komen te vervallen.

18. Op dezelfde datum heeft Food Village aan [verweerder] een vaststellingsovereenkomst gestuurd met het verzoek deze uiterlijk op 24 juni 2014 ondertekend terug te sturen aan Food Village. In de begeleidende brief heeft Food Village [verweerder] erop attent gemaakt dat bij niet tijdige retournering van de vaststellingsovereenkomst, Food Village een beëindigingsprocedure zou starten.

19. Op 19 juni 2014 heeft Food Village aan [verweerder] op diens verzoek een aangepaste vaststellingsovereenkomst gestuurd. [verweerder] heeft deze aangepaste vaststellingsovereenkomst niet ondertekend aan Food Village retour gestuurd.

Het verzoek

Food Village verzoekt ontbinding van de arbeidsovereenkomst wegens veranderingen in de omstandigheden. Food Village legt – samengevat – het volgende aan het verzoek ten grondslag.

Food Village is genoodzaakt haar activiteiten op de luchthaven Schiphol per 1 oktober 2014 te staken. Per die datum komt een einde aan de tussen Schiphol en Food Village bestaande huuren concessieovereenkomsten. Food Village heeft alles in het werk gesteld om de beëindiging van de huur- en concessieovereenkomsten te voorkomen. De vele gesprekken die Food Village met Schiphol heeft gevoerd en zelfs het entameren van een procedure hebben echter niet tot het gewenste resultaat geleid. Schiphol is blijven vasthouden aan de voorgenomen beëindiging en was evenmin genegen Food Village op een andere manier tegemoet te komen.

Food Village heeft getracht de consequenties voor haar medewerkers van een (mogelijke) sluiting van haar winkels op de luchthaven zoveel mogelijk te verzachten. Zij is daarom in overleg getreden met de vakbonden ten einde een Sociaal Plan op te stellen. Toen bleek dat Schiphol met Albert Heijn verder wilde, heeft Food Village onderzocht of deze bereid zou zijn een deel van haar medewerkers in dienst te nemen. AH bleek bereid 36 van de 48 winkelmedewerkers een arbeidsovereenkomst aan te bieden, op voorwaarde dat hun arbeidsovereenkomsten met Food Village waren beëindigd. Omdat bij AH sprake was van andere functies dan bij Food Village, zegde AH toe zoveel mogelijk aansluiting te zoeken bij de functies die de medewerkers bij Food Village bekleedden.

Food Village is vervolgens opnieuw met FNV Bondgenoten om tafel gaan zitten om in het licht van de nieuwe situatie speciale, op maat gemaakte beëindigingsregelingen op te stellen voor haar winkelmedewerkers. Daaruit is een verdeling in drie groepen werknemers voortgevloeid, waarvan de eerste twee bestaan uit werknemers die van AH een aanbod hebben gekregen, en de derde uit medewerkers aan wie AH geen aanbod heeft gedaan. Bij elke groep hoort een beëindigingsvergoeding. De

meerderheid van de leden van FNV Bondgenoten heeft met het amendement op het Sociaal Plan ingestemd.

AH heeft [verweerder] een arbeidsovereenkomst aangeboden, waarvan het arbeidsvoorwaarden-pakket in zijn geheel meer dan 15% lager is dan waarop [verweerder] recht heeft op het tijdstip van beëindiging van zijn dienstverband met Food Village. [verweerder] heeft dus op grond van het gewijzigd Sociaal Plan als behorend tot groep 2 recht op een vergoeding op basis van C = 0,65, derhalve € 26.415,02 bruto.

Omdat [verweerder] de (aangepaste) vaststellingsovereenkomst niet aan Food Village heeft geretourneerd, verzoekt Food Village thans om ontbinding van de arbeidsovereenkomst met [verweerder] op grond van een wijziging van de omstandigheden. Food Village zal haar bedrijfsactiviteiten op luchthaven Schiphol per 1 oktober 2014 staken. Alle functies komen per die datum te vervallen. Van Food Village kan niet worden verlangd de arbeids-overeenkomst met [verweerder] na die datum voort te zetten. Deze dient dan ook te worden ontbonden per 1 oktober 2014 onder toekenning aan [verweerder] van een vergoeding van € 26.415,02 bruto conform het gewijzigd Sociaal Plan.

Het verweer

[verweerder] concludeert tot afwijzing van het verzoek. [verweerder] voert daartoe het volgende aan.

[verweerder] heeft het aanbod van AH niet aanvaard omdat de functie van Medewerker Verkoopklaar niet passend is en omdat het verschil in salaris veel te groot is. [verweerder] had als Assistent Shop Manager bij Food Village een leidinggevende functie. In de functie die AH hem heeft aangeboden, kan hij geen leiding meer geven, terwijl dit aspect van zijn functie bij Food Village hem juist zo aanspreekt. Het uurloon dat [verweerder] bij AH zal krijgen bedraagt slechts € 10,30. Bij Food Village bedraagt het uurloon € 18,88. Het verschil van bijna € 9,= is voor [verweerder] niet aanvaardbaar.

Food Village had overeenkomstig het vonnis van de kantonrechter van 28 maart 2013 met Schiphol overleg moeten voeren over een mogelijke verlenging van de concessieovereenkomst voor de slijterij. Niet is gebleken dat Food Village dit heeft gedaan en wat de uitkomst van dit overleg is geweest. Food Village heeft zich er al te gemakkelijk bij neergelegd dat Schiphol met AH verder wilde. Van Food Village had voorts als goed werkgever mogen worden verwacht dat zij zich meer had ingespannen om voor [verweerder] een functie bij Gall&Gall te bedingen. Door dit niet te doen heeft Food Village [verweerder] de werknemersbescherming onthouden die hem op grond van artikel 7:662 e.v. BW toekomt. [verweerder] verzoekt de kantonrechter Food Village en AH op te dragen die werknemersbescherming vorm te geven.

Er is bovendien sprake van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW. Bepalend is of bij de overgang een economische eenheid is betrokken die haar identiteit behoudt. Daarvan is in het onderhavige geval sprake. Zowel Food Village als AH exploiteert een supermarkt waar levensmiddelen en huishoudelijke artikelen worden verkocht. De supermarkt van AH wordt in hetzelfde pand geëxploiteerd als die van Food Village. De producten die Food Village verkoopt worden deels ook door AH verkocht. De klantenkring van AH zal grotendeels overeenkomen met die van Food Village. Het zijn de medewerkers van andere winkels en bedrijven op de luchthaven Schiphol, die hun weg zullen vinden naar AH als Food Village er niet meer is. Hetzelfde geldt voor Liquors of the World en haar opvolger Gall&Gall. Dezelfde activiteiten, hetzelfde pand en genoeg dezelfde producten en klanten.

Omdat sprake is van overgang van onderneming gaan inge-

volgde artikel 7:663 BW alle rechten en plichten van de Food Village die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst met [verweerder] over op de verkrijger, in casu AH.

Beëindiging van de arbeidsovereenkomst in verband met bedrijfsovername is niet toegestaan, zodat het verzoek tot ontbinding moet worden afgewezen.

De beoordeling

Ontbinding van de arbeidsovereenkomst

1. Tussen partijen is niet in debat dat de huur- en concessieovereenkomsten met Food Village door Schiphol zijn opgezegd, als gevolg waarvan Food Village per 1 oktober 2014 haar bedrijfsactiviteiten op Schiphol zal staken. Het meest verstrekkende verweer van werknemer houdt in dat er geen sprake is van een gewijzigde omstandigheid die ontbinding van de arbeidsovereenkomst rechtvaardigt. Ten gevolge van overgang van onderneming blijft de functie van werknemer bestaan en treedt hij van rechtswege in dienst bij AH per datum van de overgang (1 oktober 2014).

2. De kantonrechter stelt voorop dat beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming zich minder goed leent voor behandeling in een ontbindingsprocedure. Er is minder ruimte voor een uitgekristalliseerd debat en tegen de uitspraak staat geen hoger beroep open. Niettemin dient de kantonrechter in deze zaak wel een oordeel hierover te geven in het kader van de beoordeling van de vraag of sprake is van gewijzigde omstandigheden. Het ongewenste – maar onvermijdelijke – gevolg hiervan is dat het dienstverband al dan niet wordt beëindigd, terwijl bij een andersluidend oordeel in een bodemprocedure (en het eventuele hoger beroep daarvan) de gevolgen hiervan moeilijk ongedaan gemaakt kunnen worden.

3. Ingevolge artikel 7:663 BW gaan door overgang van onderneming de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van die overgang voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege over op de verkrijger. In casu zou dat dus AH zijn. Voor de toepassing van de artikelen 7:662-666 BW, welke bepalingen strekken ter uitvoering van Richtlijn 77/187/EEG, moet

- onder overgang worden verstaan “de overgang, ten gevolge van een overeenkomst (...) van een economische eenheid die haar identiteit behoudt”;

- onder economische eenheid worden verstaan “een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het tot uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit”.

4. Uit de rechtspraak van het HvJEU blijkt dat het begrip overdracht krachtens overeenkomst ruim moet worden uitgelegd, en voorts dat beslissend is of de identiteit van een bedrijf bewaard blijft. Ten aanzien van het vereiste van “overdracht krachtens overeenkomst” wordt als volgt overwogen. In het onderhavige geval is ter zitting door Food Village – rijkelijk laat – het overnamecontract tussen haar en AH overgelegd. Hierin zijn uitsluitend de personele gevolgen geregeld. Uit de hiervoor onder 12 en 13 van de feiten weergegeven bepalingen van de overeenkomst blijkt dat partijen uitdrukkelijk hebben bedongen dat geen activa, goodwill en personeel over gaan, en voorts dat partijen niet hebben beoogd de identiteit en uitstraling van het Food Village concept te handhaven. De kantonrechter heeft ter zitting gevraagd aan Food Village of er naast deze overeenkomst nog andere contractuele afspraken zijn tussen Food Village en AH, waarop de gemachtigde van Food Village ontkennend heeft geantwoord.

5. Ten aanzien van de vraag in hoeverre de identiteit van de onderneming behouden blijft, zijn de zogeheten “Spijkers crite-

ria” (HvJEU 18 maart 1986, NJ 1987,502) van belang, inhoudende dat met alle feitelijke omstandigheden rekening dient te worden gehouden waaronder:

- de aard van de betrokken onderneming of vestiging

- het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen;

- de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van 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;

- de duur van een eventuele onderbreking van de activiteiten.

6. In het onderhavige geval staat tussen partijen vast dat een supermarkt en een slijterij moeten worden gekenmerkt als behorend tot de kapitaalintensieve sector. Daarbij is, anders dan bij een arbeidsintensieve sector, de vraag of materiële activa zoals winkelinventaris, producten en voorraden worden overgedragen van belang.

7. Ten aanzien van de aard van de onderneming staat vast dat AH net als Food Village een supermarkt gaat exploiteren. De aard van deze supermarkt en de uitstraling daarvan, is echter wel verschillend. Food Village is alleen op luchthavens gevestigd en richt zich tot de internationale klant, terwijl haar assortiment bestaat uit A-merken en luxe artikelen. AH is een landelijke supermarktketen die naast A-merken een huiskamer voert, en ook een goedkoop assortiment heeft van bijvoorbeeld Euroshopper artikelen. De extensieve uitleg van de richtlijn gaat naar het oordeel van de kantonrechter niet zo ver, dat de identiteit van de onderneming enkel is gelegen in het exploiteren van een supermarkt. Feit is immers dat supermarkten onderling verschillen vertonen, zowel in assortiment als in klantenkring. Het feit dat de klantenkring op Schiphol – vanwege de locatie en het feit dat op Schiphol, behoudens twee AH-to go's, verder geen supermarkten gevestigd zijn - grotendeels hetzelfde zal zijn doet hieraan niet af.

8. Food Village heeft onderbouwd en onweersproken gesteld dat alle voorraden worden teruggenomen door de leveranciers, dat de winkel geheel leeg en ontdaan van inventaris wordt opgeleverd en dat AH in het geheel géén activa van Food Village overneemt. De winkel gaat ca 4 weken dicht na 1 oktober 2014 om verbouwd te worden. Onder omstandigheden kán ook sprake zijn van overgang van onderneming indien er geen activa worden overgedragen, echter in het onderhavige geval is de omstandigheid dat in het geheel geen activa worden overgenomen er één die naast de overige omstandigheden bijdraagt aan de conclusie dat geen sprake is van overgang van onderneming.

9. Vast staat dat van de 48 medewerkers van Food Village, er 36 een arbeidsovereenkomst aangeboden hebben gekregen bij AH. Daarmee staat vast dat een groot gedeelte van het personeel bij AH in dienst treedt. Tijdens de zitting is echter onweersproken gesteld dat de betreffende werknemers grotendeels in andere filialen van AH te werk zullen worden gesteld en niet in het nieuwe filiaal van AH op Schiphol. Slechts 8 ex-medewerkers van Food Village worden in het filiaal van AH op Schiphol geplaatst.

Daarmee kan niet gezegd worden dat de overgang van personeel van Food Village naar AH, wezenlijk bijdraagt aan behoud van de identiteit van de onderneming. Dat AH bereid is gebleken om de gevolgen van verlies van arbeidsplaatsen bij Food Village deels op te vangen door de betreffende werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden, doet hieraan niet af.

10. Resumerend is de kantonrechter voorshands van oordeel dat per 1 oktober 2014 geen sprake zal zijn van overgang van on-

derneming. Nu tussen partijen niet in debat is dat Food Village haar bedrijfsactiviteiten op Schiphol staakt per 1 oktober 2014, vervalt per deze datum de functie van werknemer. Dit vormt een gewijzigde omstandigheid die ontbinding van de arbeids-overeenkomst op korte termijn rechtvaardigt, zodat het verzoek in zoverre toewijsbaar is.

Vergoeding

Food Village heeft zich op het standpunt gesteld dat [verweerder] behoort tot de hiervoor genoemde groep 2, de groep van werknemers die een aanbod heeft gehad van AH met een arbeidsvoorwaardenpakket dat in zijn geheel meer dan 15 % lager ligt dan het arbeidsvoorwaardenpakket waar hij recht op had ten tijde van beëindiging van het dienstverband. De kantonrechter ziet geen aanleiding om af te wijken van het gewijzigd Sociaal Plan zoals dat is vastgesteld tussen Food Village en de vakbonden. Aan [verweerder] zal derhalve een vergoeding worden toegekend op basis van $C = 0,65$, derhalve € 26.415,02 bruto. De kantonrechter heeft er begrip voor dat werknemer moeite heeft het aanbod van AH te accepteren gelet op het aanzienlijke verschil in beloning. Nu echter geen sprake is van overgang van onderneming staat het AH vrij om een dergelijk aanbod te doen.

Vanwege de aard van deze procedure draagt iedere partij de eigen kosten.

De beslissing

De kantonrechter:

- ontbindt de arbeidsovereenkomst met ingang van 1 oktober 2014;
- kent aan [verweerder] ten laste van Food Village een vergoeding toe van € 26.415,02 bruto, ineens te voldoen, als aanvulling op een uitkering op grond van een sociale verzekeringswet of een lager inkomen uit arbeid;
- veroordeelt Food Village tot betaling van die vergoeding;
- verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad;
- bepaalt dat iedere partij de eigen kosten draagt.

NOOT

1. "Albert Heijn vervangt Food Village op Schiphol", zo luidde het bericht in diverse media (onder andere het bericht van 26 september 2014 om 14:19 uur op www.outofhome-shops.nl). De gekozen bewoordingen wekken de indruk dat Albert Heijn de onderneming van Food Village voortzet en dus mogelijk van overgang van onderneming sprake is. Het was deze rechtsvraag die centraal stond in de onderhavige uitspraak, namelijk of de per 1 oktober 2014 op Schiphol door Albert Heijn te vestigen supermarkt identiek is aan de tot voornoemde datum door Food Village op dezelfde locatie geëxploiteerde supermarkt, een en ander in de zin van art. 7:662 lid 2 BW. Onder overgang van onderneming wordt, zo volgt uit art. 7:662 lid 2 BW, verstaan de overgang ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Onder een economische eenheid wordt begrepen een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit. De kantonrechter overweegt op basis van de omstandigheden van het geval dat van een dergelijk identiteitsbehoud geen sprake is, en oordeelt (voorshands) dat per 1 oktober 2014 geen sprake zal zijn van overgang van onderneming. Is dit oordeel wel terecht?

2. Voor de inhoudelijke beoordeling van de vraag of de kantonrechter terecht tot het oordeel heeft kunnen komen dat in deze situatie geen sprake is van overgang van onderneming is

ten eerste van belang of voldaan is aan het vereiste van de overgang krachtens overeenkomst. De kantonrechter verwijst voor wat betreft het overeenkomstvereiste naar de inhoud van het overnamecontract zoals dat gesloten is tussen Food Village en Albert Heijn, en benoemt dat in dit overnamecontract uitsluitend personele gevolgen zijn geregeld en dat partijen uitdrukkelijk hebben bedongen dat geen activa, goodwill en personeel overgaan, alsook dat partijen niet hebben beoogd de identiteit en uitstraling van het Food Village- concept te handhaven.

3. Ten tweede is voor de beantwoording van de centrale vraag cruciaal of al dan niet sprake is van identiteitsbehoud. Voor de beoordeling hiervan verwijst de kantonrechter naar de zogeheten 'Spijkers-criteria' (Hv) EG 18 maart 1986, *NJ* 1987/502), inhoudende dat met alle feitelijke omstandigheden rekening dient te worden gehouden. Omstandigheden die in dat kader van belang zijn, zijn de aard van de betrokken onderneming of vestiging, het al dan niet overdragen van de materiële 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. De kantonrechter overweegt ten eerste dat de aard van de beide supermarkten en de uitstraling daarvan verschillend zijn. Zo is Food Village alleen op luchthavens gevestigd en richt zij zich tot de internationale klant, en bestaat haar assortiment uit A-merken en luxe artikelen. Albert Heijn is een landelijke supermarktketen die naast A-merken een huismerk voert en ook een goedkoop assortiment heeft. Het verweer van de werknemer dat de klantenkring op Schiphol grotendeels hetzelfde is vanwege de locatie en het feit dat op Schiphol – behoudens twee AH to go's – verder geen supermarkten gevestigd zijn, doet volgens de kantonrechter niets af aan de geconstateerde verschillen. De kantonrechter hecht terecht waarde aan de mate van gelijkenis tussen beide supermarkten van het assortiment en de uitstraling. Naar analogie wordt verwezen naar de lagere rechtspraak ter zake van overgang van onderneming in de horecasector (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 23 april 2013, «JAR» 2013/138 en Kantonrechter Amsterdam, 19 juli 1999, «JAR» 1999/180). In beide uitspraken werd voor wat betreft de vraag of sprake was van identiteitsbehoud mede waarde gehecht aan de vraag of de menukaarten vrijwel dezelfde waren en of de beweerde verkrijger evenals zijn voorganger een afhaal- of bezorgdienst exploiteerde. Juist door deze elementen wordt de klantenkring bepaald.

4. Ik ben van oordeel dat de kantonrechter hier te snel oordeelt. Het feit dat Albert Heijn zich op dezelfde locatie zal gaan vestigen en verder geen supermarkten op Schiphol aanwezig zijn, leidt er noodzakelijkerwijs toe dat van een vrijwel identieke klantenkring sprake zal zijn in tegenstelling tot de hiervoor aangehaalde jurisprudentie waarin het situaties betrof waarin de klanten voldoende mogelijkheden hadden om een ander restaurant te kiezen. Ik ben het met de kantonrechter eens dat de extensieve uitleg van de richtlijn niet zo ver kan gaan dat de identiteit van een onderneming enkel is gelegen in het exploiteren van een supermarkt, maar hier wordt de identiteit voor een belangrijk deel bepaald door de bijzondere locatie (zijnde een luchthaven), een specifieke doelgroep (zijnde de (internationale) reiziger) en het hebben van de status van enige supermarkt. Het is juist in dit kader dat de inhoud van de concessieovereenkomsten, zoals tussen beide supermarkten en Schiphol gesloten, van belang kan zijn. Het intrekken van een concessie om deze vervolgens te gunnen aan een andere partij kan onder omstandigheden al voldoende zijn om te spreken van

een overgang krachtens overeenkomst (HvJ EG 7 maart 1996, «JAR» 1996/169, *Merckx/Ford*). In het vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 28 maart 2013 (ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ6255) komt de inhoud van de concessieovereenkomst zoals die tussen Food Village en Schiphol gesloten is aan bod (het betrof hier onder andere de door Food Village jegens Schiphol ingestelde vordering tot verklaring voor recht dat de huurovereenkomst en/of de concessieovereenkomst tussen Food Village en Schiphol niet eindigen op 31 augustus 2011 en na deze datum van rechtswege verlengd zullen worden voor de duur van vijf jaren). Food Village stelde zich op het standpunt dat Schiphol uitsluitend twee units ter beschikking zou stellen en niets meer zou doen dan een gewone verhuurder in een gewoon winkelcentrum. Uit het vonnis volgt dat Schiphol dit punt met succes heeft kunnen weerleggen en dat de concessieovereenkomst meer behelst dan het uitsluitend ter beschikking stellen van twee winkelunits aan Food Village, namelijk dat er sprake is van een reële concessie waarin Schiphol zich met diverse aspecten van de bedrijfsvoering van haar concessionarissen bezighoudt. Zo zou uit de concessieovereenkomst volgen dat Schiphol vergaande contractuele bevoegdheden heeft tot het opleggen van verplichtingen en het geven van aanwijzingen aan Food Village onder meer over personeelsaangelegenheden, dienstverlening/kwaliteit en communicatieactiviteiten. Niet onaannemelijk is dat Schiphol jegens Albert Heijn in de gesloten concessieovereenkomst dezelfde bevoegdheden heeft opgenomen. Verder is niet onaannemelijk dat Schiphol uit hoofde van deze bevoegdheden (onder andere die qua dienstverlening/kwaliteit) aan Albert Heijn de verplichting heeft opgelegd om het assortiment/de uitstraling aan te passen aan de internationale reiziger. Het gevolg daarvan kan zijn dat toch van een zekere identiteit gesproken kan worden (uit het verweer van de werknemer volgt overigens dat de producten die Food Village verkoopt deels ook door Albert Heijn worden verkocht; de kantonrechter gaat hier verder niet op in). Interessant detail in dit kader is de opmerking van de woordvoerder van Albert Heijn in het hiervoor besproken bericht in de media, namelijk dat Albert Heijn altijd kijkt naar de behoefte van de klanten en dat daar het assortiment op aangepast wordt.

5. Een tweede omstandigheid die door de kantonrechter wordt overwogen is dat alle voorraden van Food Village worden teruggenomen door de leveranciers, dat de winkel geheel leeg en ontdaan van inventaris wordt opgeleverd en dat Albert Heijn in het geheel geen activa van Food Village overneemt. Ik ben met de kantonrechter eens dat een supermarkt en een slijterij in beginsel gekenmerkt moeten worden als behorend tot de kapitaalintensieve sector. Het supermarktbedrijf kan immers niet worden gezien als een activiteit waarin arbeidskrachten de voornaamste factor zijn, aangezien het een belangrijke inzet van materieel en middelen vereist. Om te kunnen spreken van een overgang van onderneming zullen dus in beginsel ook materiële activa van betekenis moeten overgaan (onder andere HvJ EG 25 januari 2001, «JAR» 2001/68, *Lükenne*). Gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, te weten het intrekken door Schiphol van een eerder aan Food Village verleende concessie en het opnieuw verlenen van deze concessie aan Albert Heijn, alsmede de bijzondere vestigingslocatie met dito gevolgen, is het nog maar de vraag of het ontbreken van enige overdracht van activa hier van doorslaggevend belang is. Wederom verwijs ik naar de uitspraak van de HvJ EG *Merckx/Ford* (HvJ EG 7 maart 1996, «JAR» 1996/169). In deze uitspraak werd overwogen dat het feit dat de activiteiten werden voortgezet onder een andere naam, in andere lokalen en met andere uitrustingen (geen overdracht van activa derhalve) niet van belang

was voor de beoordeling van de vraag of al dan niet sprake was van overgang van onderneming. Van doorslaggevend belang was dat de activiteiten van een exclusieve concessie van verkoop van motorvoertuigen van een bepaald merk in een bepaald gebied dezelfde bleven. Uiteraard betrof het hier de concessie om een bepaald automerk te mogen verkopen hetgeen al identiteit qua assortiment veronderstelt.

6. In casu betreft het de concessie van het uitoefenen van het supermarkt- en slijterijbedrijf hetgeen op het eerste gezicht algemener van aard is en derhalve – en dit ook op het eerste gezicht – de noodzaak tot aanvullende identieke bedrijfsfactoren (waaronder assortiment en bedrijfsuitrusting) vereist. De vraag is echter of ook hier niet van een specifieke concessie kan worden gesproken nu Albert Heijn (vooralsnog) de enige supermarkt zal zijn op Schiphol en in die zin de activiteiten voortzet van Food Village (voor klanten is er immers geen andere supermarkt op dezelfde locatie voorhanden, de klantenkring blijft dezelfde en aan hun wensen zal moeten worden voldaan hetgeen ook een vergelijkbaar assortiment veronderstelt). De kantonrechter overweegt ten derde dat de winkel van Albert Heijn circa vier weken dicht gaat na 1 oktober 2014 om verbouwd te worden. Indien de kantonrechter hiermee heeft willen zeggen dat de duur van de onderbreking van de activiteiten zodanig is dat dit een medebepalende factor is voor het niet aannemen van overgang van onderneming, dan verwijs ik naar de uitspraak van het HvJ EG van 17 december 1987 (*NJ* 1989/674, *Ny Mølle Kro*), waaruit volgt dat het feit dat op het tijdstip van de overgang de onderneming tijdelijk gesloten was op zichzelf niet uitsluit dat er sprake kan zijn van overgang van onderneming. In casu gaat het overigens om een zeer beperkte onderbreking in tijd.

7. Ten vierde, en tot slot, overweegt de kantonrechter dat – ook al treedt een groot gedeelte van het voormalige personeel van Food Village bij Albert Heijn in dienst – slechts acht (8) ex-medewerkers van Food Village in het filiaal van Albert Heijn op Schiphol worden geplaatst en dat daarmee niet gezegd kan worden dat de overgang van personeel van Food Village naar Albert Heijn wezenlijk bijdraagt aan behoud van de identiteit van de onderneming. De vraag is uiteraard of het geringe aantal medewerkers dat feitelijk in het filiaal van Albert Heijn op Schiphol geplaatst wordt van belang is nu de kantonrechter eerder vaststelde dat sprake is van kapitaalintensieve activiteiten. In de kapitaalintensieve sector hoeft overname van een minderheid van het personeel niet in de weg te staan aan het oordeel dat er sprake is van overgang van onderneming (onder andere HR 10 december 2004, «JAR» 2005/14). Uit vaste rechtspraak van het HvJ EU volgt zelfs dat het in het geheel niet overnemen van personeel in de kapitaalintensieve sector geen beletsel voor het bestaan van overgang van onderneming hoeft te vormen (onder andere HvJ EG 20 november 2003, «JAR» 2003/298, *Sodexo*).

8. Zoals vaak bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van overgang van onderneming het geval is, valt voor beide standpunten wat te zeggen. Zo ook hier. Het feit dat (i) Schiphol de concessie aan Food Village intrekt en een gelijke concessie aan Albert Heijn verleent, (ii) Albert Heijn zich op dezelfde locatie vestigt en dezelfde bedrijfsruimte huurt van Schiphol, (iii) Albert Heijn de enige supermarkt zal zijn op Schiphol evenals Food Village dat was en derhalve vrijwel dezelfde klantenkring zal kennen, (iv) Albert Heijn een deel van het personeel van Food Village in dienst neemt en op dezelfde locatie laat werken als Food Village dat heeft gedaan en (v) Albert Heijn als gevolg van de met Schiphol gesloten concessieovereenkomst naar verwachting dezelfde aanwijzingen zal ontvangen aangaande uitstraling en assortiment van de supermarkt (de doelgroep blijft immers de internationale reiziger), maakt naar mijn oordeel dat er

goede argumenten zijn om te betogen dat sprake is van nagenoeg identieke voortzetting van de activiteiten van Food Village door Albert Heijn. Een belangrijk tegenargument is en blijft echter dat Albert Heijn geen enkele activa, bijvoorbeeld activa wat bedrijfsuitrusting betreft, van Food Village heeft overgenomen hetgeen in de kapitaalintensieve sector van belang kan zijn, ook bij een contractswissel (Hv) EG 20 november 2003, «JAR» 2003/298, *Sodexo*). Verder is onbelicht gebleven op welke wijze Albert Heijn de nieuwe vestiging op Schiphol in de media gepresenteerd heeft. Volgens een recente uitspraak van de Hoge Raad (Hoge Raad, 4 april 2014, «JAR» 2014/124) kunnen uitlatingen in de pers als mede voor het vaststellen van identiteitsbehoud relevante feiten en omstandigheden worden gezien. Zoals hiervoor is aangehaald, wordt in de media gesproken over een vervanging door Albert Heijn van Food Village en spreekt Albert Heijn zelf over het aanpassen van het assortiment aan de klant. In het bericht worden daarentegen ook de verschillen tussen beide supermarkten geduid (Food Village had geen diepvriesafdeling, geen winkelwagens en vrijwel geen non-food).

9. Een volledig uitgekristalliseerd debat hebben partijen op dit onderdeel in de ontbindingsprocedure echter niet kunnen voeren, hetgeen ook het euvel is van een dergelijke procedure. De vraag is of de kantonrechter er niet beter aan had gedaan om bij de geringste vorm van twijfel de verzochte ontbinding af te wijzen, temeer daar er na een ontbinding geen weg terug meer is en door het eindigen van de arbeidsovereenkomst – ook indien nadien (bijvoorbeeld in een bodemprocedure) overgang van onderneming zou zijn aangenomen – definitief het doek valt voor de werknemer. Immers, uit hoofde van art. 7:663 BW gaan alleen ten tijde van de overgang nog lopende arbeidsovereenkomsten mee over. Klaarblijkelijk was deze twijfel er niet bij de kantonrechter, althans niet voldoende. Naar mijn oordeel is het in dit opzicht bepaald een gemis te noemen dat de inhoud van de concessieovereenkomsten niet ter sprake is gekomen, noch de presentatie in de media.

A. Stamoulis
Stamoulis Advocaten

51
<p>Rechtbank Den Haag 15 oktober 2014, nr. 433644 HA ZA 12-1483 ECLI:NL:RBDHA:2014:14948 (mr. Alwin) Noot P.C. Vas Nunes</p>
<p>Misbruik faillissementsrecht. Onrechtmatig handelen. Doorstart.</p>
<p>Vermoeden dat sprake is van misbruik van faillissementsrecht met het vooropgezette doel om de werknemers zonder arbeidsrechtelijke bescherming te ontslaan, is weerlegd. Onrechtmatig aanvragen van het eigen faillissement is niet aan de orde indien, zoals in dit geval, ten tijde van het aanvragen van het faillissement sprake was van een reële faillissementssituatie.</p>
[BW art. 3:13, 6:162]

HSB was een timmerfabriek waarin houtskeletten werden gemaakt voor de woningbouw. VLG is enig aandeelhouder en bestuurder van

HSB, een van haar werkmaatschappijen. Het Bouwbedrijf is ook een werkmaatschappij van VLG. VL is via Robin Holding B.V. middellijk bestuurder en grootaandeelhouder van VLG. De werknemers in de onderhavige procedure vervulden bij HSB de functie van werkplaatstimmerman. Deze zaak gaat over de vraag of VLG, als bestuurder van HSB, onrechtmatig heeft gehandeld jegens de werknemers door het faillissement van HSB aan te vragen, dat op 3 januari 2012 is uitgesproken, waarna de curator de werknemers op 5 januari 2012 heeft ontslagen. De werknemers hebben gesteld dat dit zo is, omdat VLG de aan haar als bestuurder van HSB toekomende bevoegdheid om het eigen faillissement van HSB aan te vragen heeft aangewend met het vooropgezette doel om de werknemers zonder arbeidsrechtelijke bescherming te ontslaan en de activiteiten van HSB voort te zetten. Als dat zo is, heeft VLG onrechtmatig gehandeld jegens de werknemers. In het tussenvonnis is deze stelling van de werknemers voorshands bewezen geacht.

De rechtbank is van oordeel dat enerzijds VLG er niet in is geslaagd het vermoeden van (voorgenomen) voortzetting van (een deel van de) activiteiten van HSB in het Bouwbedrijf te ontkrachten, maar dat dit anderzijds niet direct meebrengt dat er om die reden sprake is van het onrechtmatig aanvragen van het eigen faillissement. Als uitgangspunt heeft te gelden dat VLG ten tijde van de aanvraag van het eigen faillissement van plan was om een deel van de activiteiten van HSB in het Bouwbedrijf voort te zetten. Het staat een onderneming in beginsel vrij gebruik te maken van de bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen en de activiteiten daarna – na ontslag van (een deel van) de werknemers en verkoop van de activa aan een andere onderneming – in afgeslankte vorm na een doorstart in die andere onderneming voort te zetten. Een doorstart, ook als deze van tevoren is voorbereid, betekent niet zonder meer dat oneigenlijk – en tegenover de door de curator ontslagen werknemers onrechtmatig – gebruik wordt gemaakt van het aanvragen van het eigen faillissement. Een – al dan niet ‘voorgekookte’ – doorstart kan ook in het belang zijn van de onderneming en van de eventueel resterende werknemers, omdat daarmee de bedrijfsactiviteiten (deels) worden voortgezet. Dit betekent dat oneigenlijk of onrechtmatig aanvragen van het eigen faillissement in de regel niet aan de orde is als de financiële toestand van de onderneming zodanig is dat zij verkeert in de toestand van te hebben opgehouden te betalen of daar naar verwachting binnenkort in zal verkeren, ongeacht of de bedrijfsactiviteiten wel of niet worden voortgezet in een andere onderneming. Dat kan anders zijn als sprake is van geregisseerde betalingsonmacht door – in dit geval – VLG om daarmee na faillietverklaring en overname van de activa te kunnen profiteren van de verminderde arbeidsrechtelijke faillissementsbescherming voor de werknemers in een faillissement. Oneigenlijk of onrechtmatig aanvragen van het eigen faillissement is niet aan de orde als – zoals VLG heeft aangevoerd – ten tijde van het aanvragen van het faillissement sprake was van een reële faillissementssituatie. Naar het oordeel van de rechtbank heeft VLG voldoende aannemelijk gemaakt dat dit het geval was. Hierbij worden een rapport en overgelegde balansen en jaarrekeningen in ogeschouw genomen. VLG heeft verder gewezen op de getroffen maatregelen om de liquiditeitspositie van HSB te verbeteren en HSB levensvatbaar te houden. VLG is erin geslaagd het bewijsvermoeden te ontkrachten. De vordering van de werknemers wordt afgewezen.

1. [A],
wonende te [woonplaats],
2. [B],
wonende te [woonplaats],
3. [C],
wonende te [woonplaats],
4. [D],