

## Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden

### 1695

Vragen van de leden **Van Nispen** en **Van Kent** (beiden SP) aan de Ministers van Veiligheid en Justitie en van Sociale Zaken en Werkgelegenheid over *werknemersbelangen bij flitsfaillissementen* (ingezonden 31 maart 2017).

Antwoord van Minister **Blok** (Veiligheid en Justitie), mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (ontvangen 24 april 2017).

#### Vraag 1

Wat is uw reactie op het advies van de advocaat-generaal bij het Europees Hof voor de Rechten van de mens en de Fundamentele Vrijheden waarin staat dat de Nederlandse faillissementsprocedure zich niet verhoudt met de Europese richtlijn met betrekking tot de overgang van een onderneming en dat bij flitsfaillissementen de regels omtrent de overgang van een onderneming van toepassing zijn?<sup>1</sup>

#### Antwoord 1

De conclusie van de advocaat-generaal waaraan u refereert, is mij bekend. Deze is uitgebracht naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het EU-Hof) in verband met de rechtszaak die door de vakbond (en enkele individuele werknemers) is gestart naar aanleiding van de doorstart van kinderopvangorganisatie Estro. De rechtbank heeft vragen gesteld over het toepassingsbereik van richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van ondernemingen (hierna: richtlijn 2001/23/EG). Deze richtlijn beoogt – kort gezegd – te bewerkstelligen dat wanneer ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen worden overgenomen, de betrokken werknemers bij de overgang van rechtswege onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst treden bij de verkrijger. In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is wanneer de overgang plaatsvindt in het kader van een faillissement dat erop gericht is het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde autoriteit (d.w.z. de rechter) te liquideren (vereffenen). De rechtbank Midden-Nederland wenst met de door haar gestelde vragen in essentie te vernemen hoe de uitsluitingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn zich verhoudt tot een doorstart in faillissement op basis van de «*pre-pack praktijk*» die een aantal rechtbanken heeft ontwikkeld.

<sup>1</sup> <http://m.fnv.nl/over-fnv/pers/persberichten/persarchief/2017/maart/Historische-uitspraak-advocaatgeneraal-inzake-Estro-Smallsteps-2/>

De advocaat-generaal is een lid van het EU-Hof die een «*met redenen omklede conclusie*» kan uitbrengen in een zaak die aanhangig is bij het EU-Hof. De conclusie van de advocaat-generaal is niet bindend. Het is een advies aan de rechtsprekende kamer die de zaak behandelt binnen het EU-Hof. De zaak is daarmee nog steeds aanhangig en de uitspraak van het EU-Hof moet worden afgewacht.

In zijn conclusie heeft de advocaat-generaal niet geconcludeerd dat de Nederlandse Faillissementswet of de regels voor overgang van ondernemingen zich niet verhouden met de richtlijn. Wel meent de advocaat-generaal dat voor het antwoord op de vraag of de uitsluitingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn van toepassing is op een doorstart in faillissement waarbij de «*pre-pack methode*» is toegepast, bepalend is met welk doel deze methode is toegepast en op welke wijze (de *modaliteiten*) dit is gebeurd (overweging 53). Daarbij merkt de advocaat-generaal op dat het enigszins lastig is dit te bepalen, omdat naar zijn oordeel sprake is van een «*een «atypische» procedure [...], die zich, althans ten dele, afspeelt buiten het wettelijke kader en een hybride karakter heeft, aangezien deze zowel informele elementen bevat als elementen die deel uitmaken van een formele procedure (namelijk die van het faillissement zoals geregeld in de Faillissementswet).*» (overweging 56). Kort gezegd, concludeert de advocaat-generaal dat aangenomen moet worden dat de uitsluitingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn niet geldt bij een doorstart in faillissement wanneer een daaraan voorafgaande toepassing van de in de Nederlandse rechtspraak ontwikkelde «*pre-pack methode*» primair gericht zou zijn op voorzetting (van onderdelen) van de onderneming en dit ertoe leidt dat de procedure waarmee de doorstart wordt omgeven ver af komt te staan van het *doel* en de *modaliteiten* van de faillissementsprocedure, zodat die procedure niet langer als een liquidatieprocedure aangemerkt zou mogen worden (overwegingen 57 en 84).

#### Vraag 2, 3 en 4

Wat is de stand van zaken van het SER-advies over het waarborgen van de werknemersbelangen bij een faillissement waar in het wetgevingsoverleg inzake het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I naar wordt verwezen?<sup>2</sup>

Wat is de stand van zaken van het overleg met de betrokken partijen over de werknemersbelangen in het kader van het voorgenomen wetsvoorstel continuïteit ondernemingen III?<sup>3</sup>

Wordt het advies van de advocaat-generaal meegenomen bij het overleg met de betrokken partijen en bij de totstandkoming van het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen III? Zo nee, waarom niet?

#### Antwoord 2, 3 en 4

Voor het antwoord op deze vragen verwijs ik u allereerst naar de achtste voortgangsbrief over het programma herijking faillissementsrecht die ik op 23 februari jl. aan uw Kamer heb toegezonden.<sup>4</sup> In die brief heb ik aangegeven dat een eerste overleg heeft plaatsgevonden met belangenorganisaties, waaronder vertegenwoordigers van de werknemers en de werkgevers. Dit overleg was een eerste aanzet voor een verdere bespreking van de positie van werknemers in faillissement met de belangenorganisaties. De uitkomsten van dit overleg zullen worden meegenomen in het voorbereidingstraject betreffende de Wet Continuïteit Ondernemingen III (WCO III). Bij het vervolgoverleg zal de prejudiciële procedure die thans aanhangig is bij het EU-Hof uiteraard ook worden betrokken. Dan doel ik in het bijzonder op de uiteindelijke beslissing van het EU-Hof waaruit zal blijken hoe het EU-Hof de toepassing van de huidige Nederlandse «*pre pack praktijk*» in de Estro-zaak juridisch zal appreciëren in het licht van de verplichtingen die voortvloeien uit de genoemde richtlijn en dus ook in hoeverre de conclusie van de advocaat-generaal wordt gevolgd door dit Hof.

Tijdens het wetgevingsoverleg over de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) is gesproken over de waarborgen voor werknemersbelangen bij faillissement. Op 16 december 2016 heeft de Stichting van de Arbeid een verkenning betreffende het behoud van werk en arbeidsvoorwaarden bij

<sup>2</sup> Kamerstuk 34 243, nr. 8

<sup>3</sup> Kamerstuk 34 243, nr. 8

<sup>4</sup> Kamerstuk 33 695, nr. 14.

aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid toegezonden.<sup>5</sup>

#### Vraag 5

Op welke manier wordt met de uitspraak van het Europees Hof bij een flitsfaillissement rekening gehouden met de werknemersbelangen zoals ook is verzocht door het amendement-Gesthuizen<sup>6</sup> en met het advies van de advocaat-generaal bij het Europees Hof?

#### Antwoord 5

Het EU-Hof zal naar verwachting binnen enkele maanden de vraag beantwoorden of en wanneer de uitsluitingsregel van artikel 5 lid 1 van richtlijn 2001/23/EG geldt indien voorafgaand aan een doorstart in faillissement de huidige «*pre-pack methode*» is toegepast. Zou het EU-Hof tot de conclusie komen dat richtlijn 2001/23/EG onder omstandigheden van toepassing is, dan is het aan de nationale rechter om in concrete doorstartsituaties het nationale recht overeenkomstig die uitspraak en de daarbij door het EU-Hof gegeven uitleg uit te leggen en toe te passen. Uit de conclusie van de advocaat-generaal blijkt volgens mij dat de advocaat-generaal in dat verband veel waarde hecht aan het *doel* en de *modaliteiten* van de faillissementsprocedure. Dat wil zeggen dat de omstandigheden van het geval van groot belang zijn. Het oordeel van het EU-Hof moet worden afgewacht.

Voor de volledigheid merk ik op dat het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel inzake WCO I voorziet in een wettelijk kader voor de «*pre-pack methode*». <sup>7</sup> Daarbij is bepaald dat wanneer deze methode wordt toegepast, dit is met het doel het aanstaande vereffeningsproces in faillissement – waarvan een verkoop en daarop volgende doorstart van bedrijfsonderdelen met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid onderdeel kan uitmaken – voor te bereiden om een zo hoog mogelijke boedelopbrengst en daaruit voortvloeiende uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te kunnen realiseren.

#### Vraag 6

In hoeverre wordt afgewacht of het Europees Hof het advies overneemt, zoals gebruikelijk is, waarmee dus bewust het risico wordt gelopen dat het Nederlandse beleid in strijd blijft met de Europese richtlijn aangaande de overgang van een onderneming?

#### Antwoord 6

Zoals ik in mijn antwoord op de eerste vraag heb opgemerkt, heeft de advocaat-generaal niet geconcludeerd dat de Nederlandse Faillissementswet of de regels voor overgang van ondernemingen zich niet verhouden met de richtlijn, maar komt hij tot de slotsom dat richtlijn 2001/23/EG onder omstandigheden van toepassing zou kunnen zijn op een doorstart in faillissement waarbij de «*pre-pack methode*» is toegepast. Het EU-Hof moet nog beslissen of de conclusie van de advocaat-generaal wordt gevolgd. Zo ja, dan voorzie ik vooralsnog niet dat een wetswijziging nodig zal zijn. Evenmin zie ik gevolgen voor het nu bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel WCO I. Wel moet het bestaande recht vervolgens overeenkomstig de uitspraak van het EU-Hof worden toegepast door de rechter wanneer een concrete zaak aan hem wordt voorgelegd. De Faillissementswet, noch de WCO I zouden een beletsel vormen voor de eventuele toepassing van de richtlijn.

#### Vraag 7

Bent u bereid de Kamer op de hoogte te houden van de uitspraak van het Europese Hof en de consequenties daarvan voor het Nederlandse beleid met betrekking tot flitsfaillissementen?

<sup>5</sup> Zie de link: <http://www.stvda.nl/nl/publicaties/brochure/20161216-verkenning-overgang-onderneming.aspx>.

<sup>6</sup> Kamerstuk 34 218, nr. 13

<sup>7</sup> Kamerstuk 34 218, nr. A.

Antwoord 7

Ik ben zeker bereid uw Kamer op de hoogte te houden en stel voor dat ik u in de eerst volgende voortgangsbrief in het kader van het programma herijking van het faillissementsrecht die in de zomer zal uitkomen, in zal lichten over de stand van zaken.