

Vergaderjaar 2016–2017

**34 218**

## **Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)**

**G**

### **VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**

Vastgesteld 19 mei 2017

Tijdens haar commissievergadering van 28 maart 2017 heeft de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie<sup>1</sup> eindverslag uitgebracht en voorgesteld het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I)<sup>2</sup> af te doen als hamerstuk op 4 april 2017. Op laatstgenoemde datum heeft de commissie echter op voorstel van de leden van de SP-fractie verzocht het voorstel van de lijst met hamerstukken af te halen, teneinde nog enkele nadere vragen aan de Minister van Veiligheid en Justitie te kunnen stellen in verband met een recentelijk gepubliceerde conclusie d.d. 29 maart 2017 van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) in de Estro/Smallsteps-zaak<sup>3</sup>. Het verzoek is vervolgens ingewilligd door de Kamer. Naar aanleiding hiervan heeft de commissie de Minister op 12 april 2017 een brief gestuurd.

De Minister heeft op 19 mei 2017 gereageerd.

De commissie brengt bijgaand verslag uit van het gevoerde schriftelijk overleg.

De griffier van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie,  
Van Dooren

<sup>1</sup> Samenstelling:

Engels (D66), Ruers (SP), Van Bijsterveld (CDA) (*vice-voorzitter*), Duthler (VVD) (*voorzitter*), Ten Hoeve (OSF), Koffeman (PvdD), Strik (GL), Knip (VVD), Backer (D66), Barth (PvdA), Beuving (PvdA), Hoekstra (CDA), Schouwenaar (VVD), Schrijver (PvdA), Van Strien (PVV), Kok (PVV), Gerkens (SP), Bredenoord (D66), Dercksen (PVV), D.J.H. van Dijk (SGP), Van Rij (CDA), Rombouts (CDA), Van de Ven (VVD), Wezel (SP), Bikker (CU), Baay-Timmerman (50PLUS)

<sup>2</sup> Kamerstukken 34 218.

<sup>3</sup> HvJ EU 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241.

## BRIEF VAN DE VOORZITTER VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR VEILIGHEID EN JUSTITIE

Aan de Minister van Veiligheid en Justitie

Den Haag, 12 april 2017

Tijdens de commissievergadering van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie van 28 maart 2017 heeft de commissie eindverslag uitgebracht en voorgesteld het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I)<sup>4</sup> af te doen als hamerstuk op 4 april 2017. Op laatstgenoemde datum heeft de commissie echter op voorstel van de leden van de SP-fractie verzocht het voorstel van de lijst met hamerstukken af te halen, teneinde nog enkele nadere vragen aan u te kunnen stellen in verband met een recentelijk gepubliceerde conclusie d.d. 29 maart 2017 van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) in de Estro/Smallsteps-zaak<sup>5</sup>. Het verzoek is vervolgens ingewilligd door de Kamer.

In de memorie van antwoord<sup>6</sup> betreffende het voornoemde wetsvoorstel wordt bij de beantwoording van de vraag van de leden van de CDA-fractie, of de door de rechtbank Midden-Nederland gestelde prejudiciële vragen in de reeds aangehaalde Estro/Smallsteps-zaak niet nopen tot een pas op de plaats, ontkennend geantwoord. Hierbij wordt als argumentatie gegeven dat het voor de toepassing van artikel 5, eerste lid, van de richtlijn 2011/23<sup>7</sup> (die een uitzondering maakt op de toepassing van de richtlijn inzake behoud van rechten van werknemers bij overgang van een onderneming) niet uitmaakt of een doorstart in faillissement is voorbereid door middel van een «pre-pack methode». In de beantwoording ligt het accent op het in de «pre-packfase» onder toezicht van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voorbereidingen treffen voor het creëren van meerwaarde bij de (toekomstige) liquidatie van het vermogen van de failliete onderneming, terwijl de daadwerkelijke overgang van de onderneming plaatsvindt in faillissement, waardoor de uitzondering van artikel 5, eerste lid, van de richtlijn kan worden ingeroepen.

In de conclusie van de advocaat-generaal wordt daarentegen gesteld dat de uitzondering van artikel 5, eerste lid, van genoemde richtlijn strikt moet worden uitgelegd en uitsluitend gerechtvaardigd kan worden wanneer louter de liquidatie van de onderneming wordt beoogd. Beoogt de procedure, gezien het doel en de modaliteiten ervan, de continuïteit van de exploitatie van de onderneming (door de meerwaarde te behouden die uit de voortzetting van de exploitatie voortvloeit), dan rechtvaardigt het sociaal-economisch doel ervan niet dat aan de werknemers bij de overgang van de onderneming rechten worden ontnomen die zij aan de richtlijn ontleen.

De leden van de **SP**-fractie menen dat de beantwoording in de memorie van antwoord door de conclusie van de advocaat-generaal nu in een ander perspectief komt te staan. Derhalve willen zij graag de navolgende

<sup>4</sup> Kamerstukken 34 218.

<sup>5</sup> HvJ EU 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241.

<sup>6</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 218, C.

<sup>7</sup> Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L82, blz. 16).

vragen aan u stellen. De leden van de fracties van **CDA, PvdA, Groen-Links, ChristenUnie** en **SGP** sluiten zich graag bij deze vragen aan.

De advocaat-generaal geeft in zijn conclusie aan dat de Nederlandse faillissementsprocedure zich niet verhoudt met de bedoelde richtlijn en dat bij de procedure die tot sluiting van een «pre-pack» (ook wel: flitsfaillissement) leidt, ofschoon deze *ten dele* plaats kan vinden in het kader van de faillissementsprocedure, niet onder de in artikel 5, eerste lid, van de richtlijn voorziene uitzondering valt, zodat de beschermende regels van toepassing bij de overgang van (onderdelen van) een onderneming in het kader van een dergelijke «pre-pack» van toepassing zijn. Voor zover de Nederlandse faillissementsprocedure, zoals door bepaalde rechtbanken in Nederland toegepast, in geval van een overgang van een onderneming in het kader van een «pre-pack» niet in de door de richtlijn geboden bescherming voorziet, is deze procedure niet in overeenstemming met de richtlijn.

Geeft de conclusie van de advocaat-generaal u aanleiding om, gelet op hetgeen in de memorie van antwoord is beschreven, uw standpunt nader te bezien? Bent u, gezien de conclusie van de advocaat-generaal, van oordeel dat de behandeling van het wetsvoorstel, dat een wettelijke verankering van de «pre-pack praktijk» beoogt, aangehouden dient te worden totdat het HvJ EU uitspraak heeft gedaan in deze zaak, aangenomen dat deze uitspraak binnen afzienbare termijn te verwachten is? Kunt u aangeven op welke termijn deze uitspraak te verwachten valt?

De leden van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie zien uw reactie met belangstelling tegemoet en ontvangen deze graag zo spoedig mogelijk.

Voorzitter van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie,  
A.W. Duthler

## BRIEF VAN DE MINISTER VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag,

Bij brief van 12 april jl. heeft de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie mij nog enkele nadere vragen gesteld over het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit onderneming I (hierna: WCO I).<sup>8</sup>

De gestelde vragen houden verband met een op 29 maart 2017 gepubliceerde conclusie van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: EU-hof).<sup>9</sup> Deze conclusie is uitgebracht naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland aan het EU-Hof in het kader van de rechtszaak die door de vakbond (en enkele individuele werknemers) is gestart in verband met 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) en de opbrengst vervolgens te verdelen onder de gezamenlijke schuldeisers. 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 die is voorafgegaan door de bij een aantal rechtbanken ontwikkelde praktijk (ook wel aangeduid als de «*pre-pack praktijk*») waarbij kort voor de faillietverklaring op verzoek van het bestuur in stilte alvast een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris worden aangewezen.

In het voorlopig verslag betreffende voornoemd wetsvoorstel waarbij deze praktijk wordt voorzien van een wettelijke grondslag, hebben de leden van de CDA-fractie de vraag gesteld of de beslissing van het EU-hof naar aanleiding van de prejudiciële vragen afgewacht zou moeten worden alvorens de beoogde wetwijzigingen in te voeren.<sup>10</sup> De vaste commissie merkt – kort gezegd – op dat ik deze vraag in de memorie van antwoord ontkennend heb beantwoord.<sup>11</sup> De vaste commissie vraagt of de conclusie van de advocaat-generaal mij aanleiding geeft om mijn standpunt nader te bezien en of ik, gezien de conclusie van de advocaat-generaal, van oordeel ben dat de behandeling van het wetsvoorstel aangehouden dient te worden totdat het EU-hof uitspraak heeft gedaan in deze zaak. Ook vraagt de vaste commissie op welke termijn deze uitspraak te verwachten valt.

Hierbij ga ik graag op de gestelde vragen in. Daarbij wil ik voorop stellen dat de conclusie van de advocaat-generaal mij – zoals ik hieronder nader uiteen zal zetten – geen aanleiding geeft om terug te komen op wat ik u in de memorie van antwoord heb meegedeeld en dat ik van mening ben dat

<sup>8</sup> Kamerstukken 34 218.

<sup>9</sup> HvJ EU 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241.

<sup>10</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 218, B.

<sup>11</sup> Kamerstukken I 2016/17, 34 218, C.

de behandeling van het wetsvoorstel inzake de WCO I niet aangehouden hoeft te worden.

De advocaat-generaal heeft in zijn conclusie 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 praktijk*» is toegepast, bepalend is met welk *doel* deze praktijk is toegepast en op welke wijze (de *modaliteiten*) dit is gebeurd (overweging 53). 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 «*pre-pack praktijk*» primair gericht zou zijn op voorzetting (van onderdelen) van de onderneming en dit ertoe leidt dat de doorstart en de taken en bevoegdheden die de curator en de rechter in dat kader hebben zo ver af komen te staan van het doel en de modaliteiten van de faillissementsprocedure, dat die procedure niet langer als een liquidatieprocedure ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers aangemerkt zou mogen worden (overwegingen 57 en 84).

De conclusie van de advocaat-generaal is een advies aan de rechtsprekende kamer die de zaak behandelt binnen het EU-Hof. De zaak is daarmee nog steeds aanhangig. De uitspraak van het EU-hof in de Estro-zaak zal naar verwachting over enkele maanden volgen. 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 waarbij de «*pre-pack methode*» wordt toegepast, de rechterlijke praktijk te laten aansluiten op die uitspraak en de door het EU-Hof gegeven uitleg 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. Dit geldt te meer nu de prejudiciële vragen zien op de door de rechtbanken ontwikkelde «*pre-pack-praktijk*» die nog niet wettelijk is geregeld en de praktijk bij de verschillende rechtbanken ook verschilt.

De WCO I is erop gericht de «*pre-pack methode*» te voorzien van het nu nog ontbrekende wettelijk kader. De WCO I geeft duidelijkheid over de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn voordat de rechtbank kan overgaan tot de aanwijzing van een beoogd curator en over wat in de stille voorbereidingsfase die op de aanwijzing volgt, de rol is van de beoogd curator, welke middelen hem ter beschikking staan, wat de verhouding is tussen de beoogd curator en de rechtbank en wat de rol is van de beoogd rechter-commissaris. Bovendien leidt de voorgestelde regeling tot een versterking van de positie van de schuldeisers en de werknemers.<sup>12</sup> In het laatste geval onder meer doordat is bepaald dat de rechtbank bij de aanwijzing van een beoogd curator als voorwaarde stelt dat de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging – voor zover deze aanwezig is – bij de stille voorbereidingsfase wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet.

Gelet op de conclusie van de advocaat-generaal, acht ik het van belang op te merken dat in de WCO I is bepaald dat de «*pre-pack methode*» alleen kan worden toegepast met het doel de faillissementsprocedure voor te bereiden. Daarbij wordt beoogd de uit het faillissement voortvloeiende economische en maatschappelijke schade zo veel mogelijk te beperken

<sup>12</sup> Zie in dit verband ook *Kamerstukken I 2016/17*, 34 218, B, pag. 2 – 3.

om op die manier een zo hoog mogelijke boedelopbrengst en daaruit voortvloeiende uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te kunnen realiseren. Van de faillissementsprocedure kan een verkoop en daarop volgende doorstart van bedrijfsactiviteiten onderdeel uitmaken. Echter, ook in dat geval zijn de aanwijzing, de stille voorbereidingsfase die daarmee aanvangt en de faillissementsprocedure die daarop volgt, gericht op maximalisatie van de boedelopbrengst in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, waaronder de werknemers. Met het oog op dit doel wordt de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase de gelegenheid geboden zich al voor het faillissement de bijzonderheden van de onderneming eigen te maken en bepaalde inventariserende werkzaamheden te verrichten die hij anders direct na de faillietverklaring gedaan zou hebben. Mocht sprake zijn van mogelijkheden voor een verkoop en daarop volgende doorstart van bedrijfsactiviteiten in faillissement, dan kan de beoogd curator de eventueel door het bestuur aangedragen voorstellen daartoe alvast kritisch toetsen en kan hij onderzoeken of er nog alternatieve (betere) doorstartscenario's zijn. Dit maakt mogelijk dat hij na de faillietverklaring voortvarend zijn taak kan oppakken en direct in staat is de beslissingen te nemen en maatregelen te treffen die noodzakelijk zijn om de faillissementsprocedure in goede banen te leiden, zodat een maximale opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers kan worden behaald. Eén van die beslissingen zou de verkoop van bedrijfsactiviteiten kunnen behelzen. Uit het voorgaande vloeit voort dat wanneer er een doorstart in faillissement plaatsvindt en daaraan voorafgaand op basis van de WCO I een aanwijzing van een beoogd curator heeft plaats gevonden, de procedure waarmee die doorstart wordt omgeven qua *doel* en *modaliteiten* over het algemeen niet zal afwijken van een doorstart die plaatsvindt in een «klassiek»/onvorbereid faillissement. Zoals ik hiervoor uiteen heb gezet, biedt de WCO I hiervoor het wettelijk kader met de bijbehorende waarborgen. Ik ga er daarom vooralsnog vanuit dat richtlijn 2001/23/EG in de regel niet van toepassing is in geval van een doorstart in faillissement waarbij de WCO I correct is toegepast. Mocht het EU-hof echter tot een ander oordeel komen en concluderen dat er bij een dergelijke doorstart toch uitvoering moet worden gegeven aan de richtlijn, dan moeten het faillissementsrecht en de regels voor overgang van ondernemingen overeenkomstig die uitspraak worden toegepast. De Faillissementswet, de regels voor overgang van ondernemingen noch de WCO I zouden een beletsel vormen voor deze eventuele toepassing van de richtlijn. Voor een uitleg door de rechter conform een dergelijke eventuele uitspraak is geen verdere wetswijziging nodig.

Gelet op het voorgaande is er naar mijn mening geen aanleiding de behandeling van het wetsvoorstel inzake de WCO I aan te houden. Dit zou mijn inziens vanuit het oogpunt van rechtszekerheid bovendien onwenselijk zijn omdat het in het wetsvoorstel opgenomen wettelijk kader met de daarin voorziene versterking van de positie van de schuldeisers en de werknemers daarmee ook op zich zou laten wachten.

De Minister van Veiligheid en Justitie,  
S.A. Blok