

Vergaderjaar 2016–2017

33 695

Faillissementsrecht

Nr. 14

BRIEF VAN DE MINISTER VAN VEILIGHEID EN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 23 februari 2017

Met deze achtste voortgangsbrief breng ik u graag op de hoogte van de laatste ontwikkelingen in en vorderingen van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. Het programma omvat drie pijlers: de fraudepijler, de reorganisatiepijler en de moderniseringspijler. Hierna zal ik ingaan op de stand van zaken per pijler. Verder ga ik in op de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement en met name die van de werknemers. Tevens zal worden ingegaan op de laatste Europese ontwikkelingen. Deze brief bied ik uw Kamer mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan.

1. Fraudepijler

In de fraudepijler is substantiële vooruitgang geboekt. Twee van de drie tot de fraudepijler behorende wetsvoorstellen zijn op 1 juli 2016 in werking getreden: de Wet civielrechtelijk bestuursverbod (Stb. 2016, nr. 153) en de Wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude (Stb. 2016, nr. 154). Daarmee is het sanctie-instrumentarium voor de bestrijding van faillissementsfraude, zowel in civielrechtelijke als in strafrechtelijke zin, substantieel versterkt. Het derde voorstel, het wetsvoorstel versterking positie curator, is op 20 december 2016 door de Tweede Kamer met algemene stemmen aanvaard (Kamerstuk 34 253). Daarbij zijn tevens twee amendementen van de leden Van Wijngaarden/Recourt aanvaard: een waarin wordt verduidelijkt dat ook accountantsorganisaties en zelfstandige accountants op grond van het voorgestelde artikel 105b Fw desgevraagd tot overhandiging van de administratie aan de curator zijn gehouden, alsmede een amendement strekkende tot een wetsevaluatie na 4 jaar (Kamerstuk 34 253, nrs. 9 en 10). Bij deze gelegenheid is tevens een motie van het lid Gesthuizen c.s. aanvaard inzake onderzoek naar de mogelijkheid en wenselijkheid van een zekere verruiming van de Garantstellingsregeling curatoren (Kamerstuk 34 253, nr. 12). Uw Kamer zal hierover op de gebruikelijke wijze worden geïnformeerd.

2. Moderniseringspijler

Op het terrein van de moderniseringspijler is eveneens aanzienlijke vooruitgang geboekt. Het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure is inmiddels ter advisering aan de Afdeling advisering van de Raad van State aangeboden. Ik streef ernaar om het voorstel voor de zomer aan de Tweede Kamer aan te bieden.

3. Reorganisatiepijler

Ook in het kader van de reorganisatiepijler zijn stappen gezet. Deze pijler omvat maatregelen die gericht zijn op het voorkomen van onnodige faillissementen van bedrijven, het versterken van de mogelijkheden voor voortzetting van rendabele bedrijfsactiviteiten en het faciliteren van een goede afwikkeling van faillissementen. De drie wetsvoorstellen binnen deze pijler zijn respectievelijk de wetsvoorstellen continuïteit ondernemingen I, II en III.

Het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I (de WCO I (Kamerstuk 34 218)) geeft een wettelijke basis aan de in de praktijk ontstane werkwijze waarbij in bepaalde gevallen voorafgaand aan een verwacht faillissement een beoogd curator wordt aangewezen. Doel van de aanwijzing van een beoogd curator is om de schade die een faillissement kan veroorzaken zoveel mogelijk te beperken, en om de kansen voor een eventuele doorstart van bepaalde bedrijfsonderdelen te verbeteren. In de vorige voortgangsbrief is gemeld dat de WCO I op 21 juni 2016 door de Tweede Kamer met algemene stemmen is aanvaard (Kamerstuk 33 695, nr. 12). Op 1 november 2016 heeft de commissie voor Veiligheid en Justitie van de Eerste Kamer een voorlopig verslag uitgebracht. Op dit verslag is op 20 december 2016 bij memorie van antwoord gereageerd. Tijdens de procedurevergadering op 24 januari jl. heeft de commissie voor Veiligheid en Justitie van de Eerste Kamer besloten een nader voorlopig verslag uit te brengen. De inbrengdatum voor dit verslag is gesteld op 14 februari 2017 (Kamerstuk 34 218, D). Ik zal binnenkort de positie van de consument in faillissement onder de aandacht brengen van de vereniging voor Insolventierechtadvocaten, zoals toegezegd bij het wetgevingsoverleg over de Wet continuïteit ondernemingen I.¹

Het wetsvoorstel continuïteit ondernemingen II (de WCO II) is gericht op het versterken van de mogelijkheden voor herstructurering van schulden buiten surseance en faillissement. Deze wet beoogt het eenvoudiger te maken voor bedrijven in financiële nood om met hun schuldeisers een akkoord te sluiten, waarmee schulden worden gesaneerd en een faillissement kan worden voorkomen. Over dit voorstel heeft al een internetconsultatie plaatsgevonden. In de vorige voortgangsbrief is gemeld dat op een aantal punten nader onderzoek en overleg nodig bleken. Dit onderzoek en overleg bevinden zich in een afrondende fase. Streven is het wetsvoorstel spoedig voor advies aan de Afdeling advisering van de Raad van State te zenden.

Het voorstel voor de wet continuïteit ondernemingen III (de WCO III) zal verschillende maatregelen bevatten die erop gericht zijn de curator beter in staat te stellen om het faillissement op een doelmatige wijze af te wikkelen en op die manier de schade voor alle betrokkenen bij het faillissement zoveel mogelijk te beperken. Dit wetsvoorstel is nog in voorbereiding.

Bij de beantwoording van verschillende vragen van leden van uw Kamer, waaronder de vragen van de leden Nijboer en Recourt (Aanhangsel Handelingen II 2016/17, nr. 545), is aangekondigd dat in het kader van dit

¹ Kamerstukken 34 218 en 34 243, nr. 8.

wetsvoorstel in overleg met belangenorganisaties, waaronder vertegenwoordigers van de werknemers en de werkgevers, ook opnieuw zal worden gekeken naar de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement. Daarbij gaat het onder meer om de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht, overheidscrediteuren, de concurrente crediteuren en – mede naar aanleiding van een toezegging daartoe van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid² – de werknemers. Inmiddels heeft een eerste overleg plaatsgevonden over de positie van werknemers in faillissement. Tijdens dit overleg zijn diverse voorstellen besproken uit de reeds eerder aan uw Kamer toegezonden empirische³ en rechtsvergelijkende⁴ onderzoeken betreffende de positie van werknemers in faillissement. Tevens zijn enkele onderdelen van een voorstel van de vereniging van Insolventierecht Advocaten tot herziening van de regeling betreffende surseance van betaling aan de orde gekomen.⁵ Ook is een model besproken uit de literatuur dat ziet op de aanpassing van de rechtspositie van werknemers in geval van doorstart in faillissement⁶ en een voorstel vanuit uw Kamer om nog eens expliciet stil te staan op welke wijze de curator een bijdrage kan leveren aan de behartiging van belangen van werknemers bij een doorstart vanuit faillissement⁷. Tot slot is aandacht besteed aan de medezeggenschap en in het bijzonder aan voorstellen die in dit kader werden gedaan door de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER.⁸ Inmiddels heeft de Stichting van de Arbeid op 16 december 2016 aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een verkenning toegezonden over het behoud van werk en arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement. De Stichting heeft aangegeven dat daarmee zal worden volstaan als uitwerking van de afspraak in het Stichtingsakkoord van 11 april 2013.⁹

Tijdens het genoemde overleg is stilgestaan bij het feit dat wanneer een werkgever in surseance van betaling verkeert, de werknemers hun arbeidsrechtelijke bescherming, zoals de ontslagbescherming en de bescherming bij overgang van onderneming, behouden. Een groot aantal deelnemers aan het overleg meent dat hiermee onvoldoende rekening wordt gehouden met de precaire financiële situatie van de onderneming. Mede daarom zou de surseance van betaling, bedoeld om een faillissement nog te voorkomen, niet effectief zijn. Daarom vindt een aantal deelnemers dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in de situatie waarin hun werkgever in surseance verkeert, zou moeten worden heroverwogen.

Bij faillissement van de werkgever is de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer juist niet meer onverkort van toepassing. Dit effect is vooral voelbaar wanneer er in faillissement een doorstart van bedrijfsonderdelen plaatsvindt. Een aantal deelnemers aan het overleg is van

² Brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 26 augustus 2015, Kamerstuk 33 695, nr. 9.

³ WODC-onderzoek naar ondernemingen in financiële moeilijkheden en de positie van hun werknemers, Kamerstuk 33 695, nr. 11 met bijlage.

⁴ Rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van hun werkgever, Kamerstuk 33 695, nr. 9 met bijlage.

⁵ Zie de link: <https://www.insolad.nl/publicaties/>: 2015-01-30 INSOLAD concept wetsontwerp Titel II Van surseance van betaling (docx) en 2015-01-08 Toelichting op het INSOLAD ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling (docx).

⁶ Prof. Dr. mr. W.H.A.C.M. Bouwens e.a., De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief, TAP 2016/172.

⁷ Zie antwoorden van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid op de vragen van de Kamerleden Vermeij en Recourt (beiden PvdA) over «oudere werknemers die de dupe zijn bij een doorstart na faillissement», Aanhangsel Handelingen II 2016/17, nr. 16.

⁸ Zie de link: <https://www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2015/werknemers-insolventie.aspx>.

⁹ Zie de link: <http://www.stvda.nl/nl/publicaties/brochure/20161216-verkenning-overgang-onderneming.aspx>.

oordeel dat ook de arbeidsrechtelijke positie van werknemers wanneer hun werkgever failliet is verklaard moet worden heroverwogen. Bij de deelnemers bestaat begrip voor het gegeven dat bij een dergelijke doorstart in faillissement niet voor al het voormalige personeel plek zal zijn bij de partij die de bedrijfsonderdelen voortzet (de verkrijger). Het grootste pijnpunt is de onduidelijkheid op welke gronden besloten wordt welke werknemers wel een baan aangeboden krijgen bij de doorstart en welke werknemers niet. De verkrijger is onder het huidige recht in beginsel vrij in de selectie van personeel en hoeft zich daarover niet te verantwoorden. Dit neemt echter niet weg dat hij op grond van de gelijkebehandelingswetgeving bij zijn aannamebeleid geen ongerechtvaardigd leeftijdsonderscheid mag maken. Bij een selectie van werknemers op grond van het aantal dienstjaren (anciënniteit) zou hiervan sprake kunnen zijn, zoals onlangs in een uitspraak van het College voor de Rechten van de Mens is bevestigd.¹⁰ Een groot aantal deelnemers aan het overleg meent dat het nuttig zou zijn om te bezien hoe meer sturing en inzicht kunnen worden gegeven in de manier waarop die selectie plaatsvindt. De meningen over de wijze waarop dit zou kunnen, lopen uiteen; van toepassing van een afspiegelingsbeginsel zoals bij het reguliere ontslag, hetgeen ook aan de orde is gesteld door Kamerlid Krol (50PLUS) in het algemeen overleg ouderenwerkloosheid van 6 oktober 2016¹¹ tot het hanteren van nog niet nader benoemde objectieve selectiecriteria. De curator zou een voorstel voor een doorstart hierop kunnen toetsen. Daarmee zou de bijdrage die de curator levert aan de behartiging van de belangen van werknemers bij een doorstart in faillissement nader kunnen worden ingekleurd en versterkt door dit meer expliciet te maken. Hierbij moet wel bedacht worden dat een doorstart maatwerk vergt en dat daarvoor ruimte zal moeten blijven bestaan. Is die er niet, dan kan dit ten koste gaan van de mogelijkheid tot het bereiken van een doorstart en uiteindelijk van het behoud van de werkgelegenheid.

Ten slotte werd tijdens het overleg geconcludeerd dat de toepassing van de medezeggenschapswetgeving in faillissementssituaties nadere aandacht behoeft, dat daarbij steeds als uitgangspunt zou moeten dienen dat de OR tijdig wordt geïnformeerd en dat bestuurders erop aangesproken kunnen worden wanneer dit niet gebeurt. De deelnemers aan het overleg ondersteunen een aantal voorstellen van de SER tot versterking van de medezeggenschap in faillissementssituaties. Deze SER-voorstellen zijn in lijn met suggesties uit de vakliteratuur. Dit betekent dat er in ieder geval brede steun is voor het invoeren van een verplichting voor de ondernemer om bij een eigen faillissementsaanvraag en bij de indiening van een verzoek om surseance van betaling gelijktijdig een afschrift (van deze aanvraag) aan de OR te zenden. Ook steunen de deelnemers het voorstel voor het inrichten van een speciale medezeggenschapsprocedure in insolventiesituaties. Het gaat daarbij met name om het verkorten van de termijnen. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid voert een nadere verkenning uit naar een dergelijke verkorting en de wijze waarop daaraan concreet invulling kan worden gegeven. Opvallend was de suggestie om een sanctie te introduceren ter bevordering van de naleving van de WOR in insolventiesituaties. Het mogelijke positieve effect wordt door de deelnemers onderkend maar over de mogelijke uitwerking zijn de meningen verdeeld. De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid beziet of een sanctie daadwerkelijk mogelijk is. Gezien de beperkt beschikbare tijd en de benodigde snelheid in faillissementssituaties en het extra beslag op de rechter waren de deelnemers niet eensluidend over de suggestie dat de OR op grond van artikel 69 Fw, net als de schuldeisers en de gefailleerde, op moet kunnen komen tegen de

¹⁰ Commissie Rechten van de Mens inzake Doniger Fashion Groep, oordeelnummer 2017-11.

¹¹ Kamerstuk 29 544, nr. 746.

handelingen van de curator. Dit geldt ook voor de suggestie om de correcte naleving van de medezeggenschapsregels te laten toetsen door de rechter respectievelijk de rechter-commissaris in faillissementssituaties. Dit geldt eveneens voor de suggestie uit de literatuur met betrekking tot het horen van de OR door de rechtbank, alvorens besloten wordt over een verzoek tot surseanceverlening, een eigen aangifte faillissement en belangrijke beslissingen ten aanzien van de boedel.

De uitkomsten van dit eerste overleg zullen worden meegenomen in het voorbereidingstraject betreffende de WCO III en zijn een eerste aanzet voor verdere bespreking van de positie van werknemers in faillissement met de belangenorganisaties.

Zoals toegezegd¹², is de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid in overleg getreden met de Commissie Bevordering Medezeggenschap van de SER (CBM) om te bekijken in hoeverre er meer bekendheid kan worden gegeven aan het feit dat de medezeggenschapsregels in insolventiesituaties van toepassing zijn. De CBM heeft daar in de afgelopen periode concreet invulling aan gegeven. Op de website van de SER staat nu uitgebreide informatie over medezeggenschap en faillissement. Zo is een helder stroomschema opgenomen dat betrokkenen informeert over de medezeggenschapsrechten die gelden voorafgaand aan en tijdens insolventieprocedures, met verwijzing naar wetsartikelen en met een uitgebreide toelichting. De CBM heeft in de afgelopen periode vruchtbare gesprekken gevoerd met de Vereniging van Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) en met het landelijk overlegorgaan van rechter-commissarissen (Recofa). De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en ik hebben er vertrouwen in dat dit leidt tot meer aandacht voor de geldende medezeggenschapsregels, zodat correcte toepassing daarvan in de praktijk meer geborgd is.

4. Pensioen van werknemers bij insolventie van de werkgever

Tijdens het algemeen overleg over medezeggenschap op 24 september 2015 heeft de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid – naar aanleiding van vragen van het lid Tanamal (PvdA) – toegezegd dat de gevolgen van insolventie van de werkgever voor het pensioen van de werknemers in kaart gebracht zouden worden.¹³ Hierbij wordt die toezegging gestand gedaan.

De Pensioenwet biedt de werknemer langs verschillende wegen bescherming voor diens pensioen in geval van insolventie van de werkgever. Dat geldt zowel voor de opbouw van het pensioen tijdens de periode van insolventie als voor het behoud van het op dat moment reeds opgebouwde pensioen.

Allereerst is voor de pensioenopbouw tijdens de periode van insolventie van de werkgever van belang dat in de Pensioenwet is bepaald dat het recht op pensioen niet afhankelijk is van de betaling van de verschuldigde pensioenpremies door de werkgever. Zolang de arbeidsovereenkomst voortduurt, is derhalve sprake van voortzetting van de pensioenopbouw. Dit geldt ook als de werkgever – bijvoorbeeld omdat hij niet beschikte over de vereiste liquide middelen – niet steeds in staat is geweest om de verplichte bijdragen aan het pensioenfonds te doen.

De werkgever is verplicht pensioenafdrachten te doen ten behoeve van zijn werknemers. De Pensioenwet regelt ook de termijnen waarbinnen deze afdrachten moeten worden gedaan. Wordt de werkgever failliet verklaard dan zal het UWV op grond van de Werkloosheidwet de

¹² Zie de brief van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 26 augustus 2015, Kamerstuk 33 695, nr. 9.

¹³ Kamerstuk 29 818, nr. 40, pagina 22.

betalingen die in het voorafgaande jaar hadden moeten plaatsvinden, maar niet zijn gedaan alsnog voldoen. De pensioenafdrachten aan het pensioenfonds die tijdens het faillissement verschuldigd worden, zijn boedelschulden. Boedelschulden worden bij de afwikkeling van het faillissement als eerste voldaan uit de tijdens het faillissement gerealiseerde boedelopbrengst. Voor zover het UWV niet de betalingen overneemt, heeft de werknemer een vordering op de boedel die als preferent wordt aangemerkt (artikel 3:288 BW).¹⁴

Leidt het faillissement tot ontslag van de werknemer, dan stopt daarmee de verdere pensioenopbouw. Hierin verschilt de positie van de werknemer niet van die van een werknemer die buiten faillissement wordt ontslagen. Vindt er in faillissement een doorstart plaats van bedrijfsonderdelen en krijgt een ontslagen werknemer daarbij een baan aangeboden, dan sluit hij wanneer hij op dit aanbod ingaat een nieuwe arbeidsovereenkomst. Indien daarbij sprake is van nieuwe arbeidsvoorwaarden, kan dat ook een verandering inhouden van de pensioenregeling.

Daarnaast biedt de Pensioenwet de nodige waarborgen dat de bij de werkgever opgebouwde pensioenaanspraken ook daadwerkelijk tot een uitkering zullen komen. Deze zijn in het bijzonder van belang voor de pensioenen die zijn opgebouwd bij een ondernemingspensioenfonds, die voor de financiering volledig afhankelijk is van een enkele werkgever. De pensioengelden dient de werkgever onder te brengen bij een pensioenfonds of een verzekeraar. Het pensioenvermogen maakt derhalve geen onderdeel uit van het vermogen van de werkgever en kan dus ook niet worden betrokken bij diens faillissement. Bovendien ziet De Nederlandsche Bank (DNB) toe op een zorgvuldig beheer van het pensioenvermogen en verlangt de DNB van het pensioenfonds dat deze de nodige maatregelen neemt om de financiering van de toekomstige uitkeringen veilig te stellen.

5. Verzekeraars

De Minister van Financiën en ik hebben onlangs een wetsvoorstel met betrekking tot herstel en afwikkeling van verzekeraars voor advies aan de afdeling advisering van de Raad van State gezonden. Doel hiervan is de verzekeringscrediteur beter te beschermen. Voor zover het eigen karakter van verzekeraars dat toelaat, is aansluiting gezocht bij de Implementatiewet Europees kader herstel en afwikkeling van banken en beleggingsondernemingen. De twee voornaamste wijzigingen zijn de volgende. Ten eerste worden bestaande procedures (de overdrachtsregeling, de noodregeling – al dan niet met een overdrachtsplan – en de opvangregeling voor levensverzekeraars) vervangen door een nieuwe set regels (resolutie-instrumentarium) om het herstel en de afwikkeling van een verzekeraar in financiële problemen effectiever en daardoor gunstiger voor de verzekeringscrediteur te laten verlopen. Ten tweede wordt, voor het geval een faillissement toch onvermijdelijk is, in de Faillissementswet een regeling opgenomen die voorkomt dat verzekeringscrediteuren die voor hun levensonderhoud afhankelijk zijn van een uitkering door een verzekeraar, moeten wachten tot na de verificatievergadering op een uitkering uit de boedel.

6. Europese dimensie

In de vijfde voortgangsbrief is gemeld dat de Europese Unie op 20 mei 2015 een herziene Europese insolventieverordening heeft vastgesteld. De meeste onderdelen van deze verordening zullen op 26 juni 2017 in werking treden. De in voorbereiding zijnde uitvoeringswet zal binnenkort

¹⁴ Ditzelfde geldt overigens voor de lonen van de werknemer, voor zover het UWV deze verplichtingen niet heeft overgenomen.

voor advies aan de Afdeling advisering van de Raad van State worden gezonden. Verder is op 22 november jl. door de Europese Commissie een richtlijnvoorstel betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU gedaan. Uw Kamer is hierover door middel van een BNC-fiche geïnformeerd.¹⁵ Onder het Maltese voorzitterschap worden acht raads werkgroepen georganiseerd waarin de richtlijn wordt besproken. Het is de bedoeling dat de Ministers tijdens de JBZ-raad van juni a.s. over de richtlijn spreken. Uw Kamer zal hierover op gebruikelijke wijze, via de geannoteerde agenda voorafgaand aan de JBZ-raad, worden geïnformeerd.

7. Conclusie

Er is aanzienlijke vooruitgang geboekt met de uitvoering van het wetgevingsprogramma. Twee onderdelen inzake fraudebestrijding zijn inmiddels in werking getreden, het wetsvoorstel over de stille voorbereidingsfase en het wetsvoorstel versterking positie curator worden door de Eerste Kamer behandeld. Het wetsvoorstel modernisering faillissementsprocedure ligt bij de Raad van State. Het streven is dat het wetsvoorstel WCO II en het wetsvoorstel tot uitvoering van de herziene Europese insolventieverordening binnenkort voor advies naar de Afdeling advisering van de Raad van State kunnen worden gezonden. In de zomer van dit jaar zal ik u wederom informeren over de voortgang van dit wetgevingsprogramma en de Europese ontwikkelingen op het terrein van het insolventierecht.

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

¹⁵ Kamerstuk 22 112, nr. 2292.