

Vergaderjaar 2017–2018

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)

J

BRIEF VAN DE MINISTER VOOR RECHTSBESCHERMING

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 11 april 2018

De leden van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid van uw Kamer hebben mij bij brief van 27 oktober 2017 om een reactie gevraagd op de brieven van FNV en CNV en van de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA) aan uw Kamer van respectievelijk 17 en 19 oktober 2017. Beide brieven betroffen de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU van 22 juni 2017 in de zaak FNV/Smallsteps (zaak C-126/16) over de uitleg van richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna: de richtlijn). In hun brieven uitten FNV en CNV en de NOvA – kort gezegd – de zorg dat er sinds deze uitspraak meer onduidelijkheid en daarmee rechtsonzekerheid is ontstaan over de vraag wanneer de uit de richtlijn voortvloeiende arbeidsrechtelijke bescherming bij overgang van een onderneming nu wel of niet van toepassing is in geval van een doorstart in faillissement. Ook deden zij een voorstel om de ontstane situatie te ondervangen door gebruik te maken van de optie in artikel 5 leden 1 en 2 van de richtlijn om in de wet te bepalen dat bij iedere doorstart in faillissement de uit de richtlijn voortvloeiende regels worden toegepast (lid 1) en daarbij tevens gebruik te maken van de mogelijkheid om de gevolgen van die toepassing te verzachten (lid 2).

Bij brief van 5 december jl. heb ik uw Kamer meegedeeld dat ik dit signaal graag ter harte wilde nemen en dat ik hierover in overleg zou treden met de groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk (waaronder INSOLAD, RECOFA, NEVOA, JIRA, NOvA, NVB), van de vakbonden CNV en FNV en van werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB, die fungeert als klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma «*herijking faillissementsrecht*» (hierna: de klankbordgroep). Dit overleg heeft inmiddels plaatsgevonden en conform mijn toezegging, bericht ik u nu over de uitkomsten daarvan.

De uitspraak van het EU-hof leidt ertoe dat het antwoord op de vraag of werknemers – bij een doorstart na datum faillissement waaraan een voorbereidingsfase vooraf is gegaan – beroep kunnen doen op de uit de richtlijn voortvloeiende arbeidsrechtelijke bescherming bij overgang van een onderneming (en daarmee op behoud van hun baan en bijbehorende arbeidsvoorwaarden), afhangt van de intentie waarmee het faillissement is voorbereid. Dat wil zeggen dat relevant is of het faillissement is ingeleid met het oog op een doorstart of op het faciliteren van het liquidatieproces. Daarbij is onder meer van belang de mate waarin de doorstart tijdens de voorbereidingsfase ook al concrete vorm heeft gekregen. De uitspraak van het EU-hof is gedaan in de context van een doorstart na datum faillissement die werd voorbereid voor datum faillissement door middel van de «*pre-pack methode*». De onderbouwing van de uitspraak omvat echter overwegingen die duiden op een bredere strekking. Volgens FNV en CNV en de NOvA moet in ieder geval serieus rekening gehouden worden met een mogelijkheid dat de uitspraak van toepassing is in het geval van een voorbereide doorstart en in het geval het faillissement is aangevraagd met het oog op een doorstart. Het kan dan gaan om situaties waarin het bestuur van de gefailleerde vennootschap voor datum faillissement al de mogelijkheid van een overname van (delen van) de onderneming heeft onderzocht, maar zonder dat daarbij gebruik is gemaakt van de «*pre-pack methode*» en dus zonder dat de toekomstig curator daarbij betrokken was. Wanneer er kort na de faillietverklaring een doorstart plaatsvindt, wekt dit de indruk dat er voorbereidingen voor die doorstart hebben plaatsgevonden. Toch is dit niet altijd duidelijk en dit maakt het lastig om vast te stellen of nu wel of niet sprake is van een situatie waarop de regels van de richtlijn van toepassing zijn. De arbeidsrechtelijke positie van de werknemer bij een doorstart zal steeds afhangen van de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Gelet hierop wijzen FNV en CNV en de NOvA op het risico van een toenemend aantal rechtszaken om bij doorstarts in faillissement definitief uitsluitel te krijgen over de vraag of de betrokken werknemers aanspraak kunnen maken op behoud van hun baan en bijbehorende arbeidsvoorwaarden. Ook is er de vrees dat de uitspraak van het EU-hof zou kunnen leiden tot calculerend gedrag bij de vormgeving van doorstarts om weg te blijven bij een situatie waarin toepassing zou moeten worden gegeven aan de uit de richtlijn voortvloeiende arbeidsrechtelijke bescherming bij overgang van een onderneming waarbij alle werknemers moeten worden overgenomen met behoud van hun arbeidsvoorwaarden.

Tijdens het overleg is de deelnemers aan de klankbordgroep allereerst gevraagd of men de zorgen zoals geschetst door FNV en CNV en de NOvA deelde. Alle deelnemers aan de klankbordgroep herkenden zich in de constatering dat de uitspraak van het EU-hof – mede nu die ook van invloed lijkt te kunnen zijn op de klassieke faillissementsdoorstart – heeft geleid tot rechtsonzekerheid. Inmiddels zijn er twee rechterlijke uitspraken waarin de uitspraak van het EU-hof in concrete doorstartsituaties nadere invulling heeft gekregen.¹ Via de jurisprudentie zal meer helderheid ontstaan over de gevolgen van de uitspraak van het EU-hof, maar dit kost tijd en de specifieke omstandigheden van het individuele geval zullen beslissend blijven.

Vervolgens is aan de deelnemers aan de klankbordgroep gevraagd hoe men aankijkt tegen de oproep van FNV en CNV en de NOvA om te komen tot een nieuwe wettelijke regeling. FNV en CNV en de NOvA stellen in dat kader voor om gebruik te maken van de in artikel 5 leden 1 en 2 van de in de richtlijn voorziene Lidstaat-optie om werknemers bij iedere doorstart in

¹ Rechtbank Gelderland, 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (Tuunte) en Rechtbank Noord-Holland, 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra).

faillissement arbeidsrechtelijke bescherming te geven door de uit de richtlijn voortvloeiende regels toe te passen (lid 1) en daarbij tevens gebruik te maken van de mogelijkheid om de gevolgen van die toepassing te verzachten (lid 2). Op die manier zou een eind kunnen worden gemaakt aan de ontstane rechtsonzekerheid.

Alle deelnemers aan de klankbordgroep konden zich vinden in het streven om te komen tot een nieuwe regeling. Ook staan alle deelnemers ervoor open om de door FNV en CNV en de NOvA voorgestelde oplossingsrichting te beproeven. Enkele deelnemers hebben aangegeven dat zij hierbij wel de nodige kritische kanttekeningen hebben. Volgens deze deelnemers is de rechtspraktijk gebaat bij een structurele oplossing. Om daartoe te kunnen komen is volgens hen van belang dat oplossingen die op aspecten afwijken van de door FNV en CNV en NOvA voorgestelde lijn of hierop een aanvulling vormen ook worden meegenomen in de verkenning. De discussie hierover leverde voor nu in ieder geval al een aantal randvoorwaarden op waaraan de regeling volgens de deelnemers moet voldoen. Zo werd expliciet benadrukt dat in de regeling de belangen van de verschillende betrokkenen bij een doorstart op een evenwichtige manier geborgd moeten worden. Dit betekent dat er naast het belang van werknemers bij behoud van hun baan en arbeidsvoorwaarden ook oog moet zijn voor de belangen van de schuldeisers bij de realisatie van een zo hoog mogelijke boedelopbrengst. De regeling zou er niet toe moeten leiden dat doorstarts in faillissement in de praktijk onmogelijk worden. Werknemers noch schuldeisers zouden hierbij gebaat zijn. Dit zou immers ten koste gaan van het behoud van werkgelegenheid en het realiseren van een zo hoog mogelijke boedelopbrengst. Gelet hierop moet er volgens de deelnemers in de nieuwe regeling ruimte zijn voor een reorganisatie – bijvoorbeeld in verband met veranderende marktomstandigheden of conjuncturele schommelingen – door de koper/doorstarter; dat wil zeggen om niet alle medewerkers mee te hoeven nemen wanneer een doorstart met al het personeel vanwege bedrijfseconomische redenen onhaalbaar is. Of van een dergelijke situatie sprake is, zou binnen de kaders van de richtlijn op basis van de nieuwe regeling getoetst moeten kunnen worden en er zouden wettelijk vastgelegde selectiecriteria of een selectieprocedure moeten zijn aan de hand waarvan bepaald wordt welke werknemers hun baan behouden en welke niet. Verder werd specifiek aandacht gevraagd voor de toegankelijkheid van de regeling voor het midden en klein bedrijf, zeker nu het bij het gros van de faillissementen gaat om kleinere ondernemingen. Daartoe dient vooral voorkomen te worden dat de regeling te complex wordt of voor die categorie een te groot obstakel vormt.

Tijdens de discussie werd duidelijk dat het geen eenvoudige opgave zal zijn om te komen tot een regeling waarin al deze aandachtspunten voldoende tot hun recht komen. Met het oog hierop is de klankbordgroep het voorstel gedaan om een kleine schrijfgroep te formeren van vertegenwoordigers van de FNV en CNV en de NOvA en van de Ministeries van Justitie en Veiligheid en Sociale Zaken en Werkgelegenheid, alsmede twee wetenschappers. Om de verdere discussie met de klankbordgroep te faciliteren, zal deze schrijfgroep de mogelijkheden voor een nieuwe regeling waarmee de eerder genoemde rechtsonzekerheid kan worden weggenomen, verkennen. De uitkomsten van deze verkenning zullen worden voorgelegd aan de klankbordgroep. Op basis van dit voorwerk zal vervolgens in breed verband met de klankbordgroep worden doorgesproken over de mogelijke vormgeving van een nieuwe regeling. Op deze wijze zullen alle deelnemers aan de klankbordgroep de gelegenheid hebben om hun bijdrage te leveren aan het vinden van de oplossing en worden alle betrokken belangen op een evenwichtige manier vertegenwoordigd. Dit voorstel werd door alle deelnemers aan de klankbordgroep

aanvaard. Inmiddels zijn prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens en prof. mr. L.G. Verburg bereid gevonden om de schrijfgroep bij deze opdracht te ondersteunen. Na het overleg is besloten dat ook VNO/NCW en MKB-Nederland en INSOLAD zullen deelnemen aan de schrijfgroep om bij de verkenning het werkgeversperspectief mee te kunnen nemen en de praktijkervaring van de curator te kunnen benutten.

Er zijn situaties waarop de uitspraak van het EU-hof geen grote invloed heeft en waarin de gevolgen van het faillissement voor de positie van werknemers bij voorbaat helder zijn. Dit is het geval wanneer:

- het doel van het voorbereidingstraject is om het liquidatieproces in faillissement te faciliteren, zonder intentie van een doorstart, of
- er een doorstart wordt voorbereid en het in dat kader van belang is dat al het personeel werkzaam blijft bij de onderneming.

Ter illustratie wijs ik u op twee faillissementen waarbij dit aan de orde was en waarbij de «*pre-pack praktijk*» werd toegepast.

Het eerste voorbeeld betreft het faillissement van een advocatenmaatschap.² Bij de voorbereiding van dit faillissement was vooral de intentie om maatschappelijke onrust en schade als gevolg van een plotselinge stilval van de bedrijfsvoering te voorkomen. De mogelijkheid voor een doorstart in faillissement was niet de directe aanleiding voor de toepassing van de «*pre-pack methode*». De advocaten van de maatschap hadden lopende dossiers in behandeling voor een groot aantal cliënten. Een onvoorbereid faillissement van het advocatenkantoor zou tot problemen kunnen hebben geleid bij de continuering van de rechtsbijstand voor deze cliënten. Daarnaast waren verschillende medewerkers van het advocatenkantoor benoemd als curator of bewindvoerder in insolventieprocedures. Het faillissement van de advocatenmaatschap en de onzekerheid over de voortzetting van de werkzaamheden van de curatoren en bewindvoerders ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren, zou in de desbetreffende lopende insolventieprocedures tot veel onrust hebben kunnen leiden bij de gefailleerden/schuldenaren en hun crediteuren. De toepassing van de «*pre-pack methode*» in de aanloop van dit faillissement was vooral nodig om de beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsfase in de gelegenheid te stellen om de continuïteit van de dienstverlening op alle lopende dossiers te borgen en zodoende onrust te voorkomen.³ Voor wat betreft de eventuele doorstart was relevant dat de slagingskans in grote mate afhankelijk was van de betrokken advocaten. Het actief van de advocatenmaatschap bestond immers (vrijwel) geheel uit het onderhanden werk en de debiteurenportefeuille die werd gerealiseerd door de juridische dienstverlening door de advocaten. Dit actief, alsook eventueel toekomstig actief, was verbonden aan de behandelend advocaat. Het was voor de doorstart dus juist van belang dat de advocaten die werkzaam waren bij de failliete maatschap bereid waren bij de onderneming werkzaam te blijven.

Een tweede voorbeeld betreft het faillissement van een thuiszorgorganisatie.⁴ De cliënten van deze thuiszorgorganisatie waren voornamelijk kwetsbare ouderen die veelal langdurige zorg kregen. Intentie bij de toepassing van de «*pre-pack methode*» was in dit geval te borgen dat de verzorging van de cliënten na de faillietverklaring op de gebruikelijk wijze kon worden voorgezet. Dit kon alleen als ook al het personeel dat die zorg

² Zie het faillissement van de maatschap Pesman Advocaten dat op 30 mei 2014 werd uitgesproken; <https://insolventies.rechtspraak.nl/#!/details/13.ams.14.335.F.1300.1.14>.

³ Zie op de in voetnoot 2 genoemde website het eerste openbare verslag van de curator d.d. 11 juli 2014 (p. 6/7).

⁴ Zie het faillissement van Thuiszorgnet Amstelland en de Meerlanden dat op 2 januari 2017 werd uitgesproken <https://insolventies.rechtspraak.nl/#!/details/13.ams.17.1.F.1300.1.17>.

feitelijk bood betrokken zou blijven. De voorbereiding van het faillissement leidde ertoe dat voor de faillietverklaring een doorstartende partij werd gevonden, die – nadat eveneens reeds voor de faillietverklaring instemming was verkregen van de Nederlandse Zorgautoriteit – al het werkzame personeel heeft overgenomen en alle overeenkomsten met de zorgverzekeraars, het zorgkantoor en de gemeente, heeft voortgezet zodat alle patiënten bediend konden blijven worden en de zorg kon worden gecontinueerd.⁵

Aan de klankbordgroep is gevraagd of de behandeling van het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) voorlopig aangehouden zou moeten worden. Na enige discussie was de uitkomst dat alle deelnemers aan de klankbordgroep het erover eens zijn dat het aantal situaties waarin gebruik zal worden gemaakt van de WCO I beperkter is dan waarmee bij aanvang van het wetgevingstraject rekening werd gehouden. Dit is het effect van de eerder genoemde rechtsonzekerheid als gevolg van de uitspraak van het EU-hof. Toch deelden alle deelnemers aan de klankbordgroep de mening dat het een gemis is wanneer de WCO I niet al zou kunnen worden gebruikt in situaties waarin die rechtsonzekerheid geen rol speelt. De beschreven situaties – die overigens niet inhoudelijk zijn besproken met de klankbordgroep, maar in de brief zijn opgenomen om te illustreren wat nog steeds de meerwaarde is van de toepassing van de «*pre-pack methode*» en daarmee ook van de WCO I – laten dit zien. De toekomstige curator wordt hiermee in de gelegenheid gesteld om zich al voor de faillietverklaring op het faillissement voor te bereiden. Op die manier kan voorkomen worden dat er na de faillietverklaring grote maatschappelijke onrust of bijvoorbeeld milieu of veiligheidsrisico's ontstaan en dat de uit het faillissement voortvloeiende schade onnodig oploopt. De behandeling van de WCO I kan volgens de klankbordgroep dus worden voortgezet. Wel benadrukten FNV en de CNV en de NOvA daarbij dat het gelet op de door hun geuite zorgen nog steeds van groot belang blijft dat de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement beter – en op korte termijn – wordt geregeld.

Ik ben de FNV en CNV en de NOvA erkentelijk voor het feit dat zij de impact van de uitspraak van het EU-hof nogmaals hebben geagendeerd. Dit heeft geleid tot een nader overleg met de klankbordgroep en – belangrijker nog – tot overeenstemming over de noodzaak van een regeling betreffende de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement waarmee de uitspraak van het EU-hof een concretisering in onze wetgeving zou kunnen krijgen. De schrijfgroep zal de mogelijke hoofdlijnen voor een toekomstige regeling spoedig in kaart brengen. Ik verwacht dat de klankbordgroep zich hier dan nog voor de zomer over zal kunnen buigen.

Nu de klankbordgroep heeft onderschreven dat de praktijk – los van een nieuwe regeling omtrent de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement – behoefte heeft aan de WCO I, verzoek ik u om de behandeling van het wetsvoorstel voort te zetten.

De Minister voor Rechtsbescherming,
S. Dekker

⁵ Zie op de in voetnoot 4 genoemde website het eerste openbare verslag van de curator d.d. 26 januari 2017 (p. 7/8).