

> Retouradres Postbus 20301 2500 EH Den Haag

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer
der Staten-Generaal
Postbus 20017
2500 EA DEN HAAG

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Turfmarkt 147
2511 DP Den Haag
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
www.rijksoverheid.nl/jenv

Ons kenmerk
2438143

*Bij beantwoording de datum
en ons kenmerk vermelden.
Wilt u slechts één zaak in uw
brief behandelen.*

Datum 17 januari 2019

Onderwerp Nadere vragen bij het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

De SP-fractieleden van de vaste commissie voor Justitie en Veiligheid van uw Kamer hebben mij bij brief van 28 mei 2018 vragen gesteld naar aanleiding van mijn brief van 11 april 2018.¹ Graag ga ik hierbij op de gestelde vragen in.

De leden van de SP-fractie verwijzen naar de uitspraak van het Hof van Justitie van de EU (hierna: EU-hof) van 22 juni 2017 in de zaak *FNV/Smallsteps* (zaak C-126/16). Naar aanleiding van deze uitspraak is rechtsonzekerheid ontstaan over de vraag of en in hoeverre werknemers mee overgaan in geval van een doorstart in faillissement die voorafgaand aan de faillietverklaring is voorbereid, al dan niet met gebruikmaking van de 'pre-pack methode'. De leden van de SP-fractie vragen mij hoe ik voornemens ben om deze onduidelijkheid op te lossen, of ik voornemens ben om met (interim)wetgeving te komen en of ik daarbij ook andere constructies betrek zoals het inlassen van een pauze tussen de 'pre-pack' en het faillissement.

In brieven van 29 september 2017 en 11 april 2018 is toegelicht dat de uitspraak van het EU-hof gaat over de vraag of werknemers bij een doorstart van een onderneming in faillissement die voorafgaand aan de faillietverklaring is voorbereid met gebruikmaking van de 'pre-pack methode', al dan niet een beroep kunnen doen op de uit richtlijn 2001/23/EG² (hierna: de richtlijn) voortvloeiende beschermingsregels. Deze regels bepalen dat 1) werknemers zich bij een overgang van een onderneming of vestiging, dan wel een onderdeel van een onderneming of vestiging (hierna, kort gezegd: onderneming) kunnen beroepen op behoud van hun baan en bijbehorende arbeidsvoorwaarden, 2) dat de overgang zelf geen reden kan zijn voor ontslag, maar dat ontslag vanwege economische, technische of organisatorische redenen wel is toegestaan, en 3) dat werknemers over de overgang geïnformeerd moeten worden. Volgens het EU-hof is voor het antwoord op vornoemde vraag bepalend of:

1. de vervreemder ten tijde van de overgang verwickeld was in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke insolventieprocedure;

¹ *Kamerstukken I 2017-2018*, 34 218, J.

² Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

2. deze procedure was ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren, en
3. deze procedure onder toezicht stond van een bevoegde overheidsinstantie.

Als aan deze cumulatieve voorwaarden is voldaan, geldt volgens het EU-hof de uitzonderingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn. De werknemers kunnen zich dan niet beroepen op de beschermingsregels uit de richtlijn. De rechtsonzekerheid die het gevolg is van de uitspraak, houdt vooral verband met de tweede voorwaarde. Uit deze voorwaarde volgt dat de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer bij een doorstart in faillissement afhangt van het doel waarmee de faillissementsprocedure is ingeleid. Zoals blijkt uit de uitspraak van het EU-hof, gaat het er daarbij niet om welk doel de faillissementsprocedure op zichzelf beschouwd heeft, maar om de intentie waarmee die procedure in een concrete situatie is toegepast. Dit zal steeds beoordeeld moeten worden aan de hand van de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Daardoor is de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement op dit moment niet op voorhand voorspelbaar.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
17 januari 2019

Ons kenmerk
2438143

Er zijn twee manieren waarop die rechtsonzekerheid kan worden weggenomen. In de eerste plaats kan de nationale rechter dit doen door in concrete doorstartsituaties de Faillissementswet en de artikelen 7:662 e.v. van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) – waarin de richtlijn is geïmplementeerd – in overeenstemming met de uitspraak en de daarbij door het EU-Hof gegeven uitleg uit te leggen en toe te passen. De huidige Faillissementswet en het BW vormen geen beletsel voor de toepassing van de richtlijn. Sinds de uitspraak van het EU-hof is dit ook al een aantal keer gebeurd. Op basis van de jurisprudentie en de bespreking daarvan in vakliteratuur³ 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. In de brief van 11 april jl. noemde ik al de uitspraken van de kantonrechter in de *Tuunte-zaak* en in de *Bogra-zaak*.⁴ Daar zijn recentelijk nog bijgekomen het arrest van het gerechtshof Amsterdam in de *Bogra-zaak*⁵, het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de *Heiploeg-zaak*⁶ en de uitspraak van de kantonrechter van de rechtbank Limburg in de zaak *FNV/Princen Transmission B.V.*⁷.

In de *Heiploeg-zaak* werd een dag na de faillietverklaring van garnalenverwerker Heiploeg door de curator overeenstemming bereikt over de verkoop van de door Heiploeg gedreven onderneming. Hiervoor waren voorafgaand aan de faillietverklaring met gebruikmaking van de *'pre-pack methode'* voorbereidingen getroffen. In de *Bogra-zaak* duurde de *'pre-pack fase'* slechts één dag. Enkele

³ Onder meer verschenen zijn: mr. J.M.W. Pool, *'De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland'*, TvI 2018/39; N.M.Q van der Neut, *'De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het 'oog' van de naald?'*, ArbeidsRecht 2018/40; mr. J. van der Pijl, *'Doorstart van de doorstart?'*, Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2018 (7), nr. 267; Ph. W. Schreurs, *'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden'*, ArA 2017 (11), 3; J.F. Fliek & F.M.J. Verstijlen, *'De eerste stappen voorbij Estro'*, TRA en TvI 2018/16.

⁴ Rechtbank Gelderland, 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (Tuunte) en Rechtbank Noord-Holland, 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra).

⁵ Hof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, 'JAR' 2018/216.

⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, 'JAR' 2018/218.

⁷ Rechtbank Limburg, 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, 'JAR' 2018/263.

dagen nadat de *'pre-pack fase'* was geëindigd, werd op verzoek van de onderneming voorlopige surseance van betaling verleend en werd de aanvankelijk aangewezen beoogd curator aangesteld als bewindvoerder. Weer enkele dagen later werd de surseance omgezet in faillissement. In faillissement werd de bedrijfsvoering door de curator voortgezet en nadat deze biedingen van verschillende overnamekandidaten had ontvangen, werd de onderneming uiteindelijk verkocht aan en overgenomen door een partij die al voor de faillietverklaring interesse had getoond. In de *Tuunte-zaak* werd door de curator direct na de faillietverklaring een verkoopproces in gang gezet waarbij met meerdere gegadigden over een mogelijke doorstart werd gesproken. Bijna een maand na de faillietverklaring werd de onderneming verkocht aan een partij waarbij de oud-bestuurders van het gefailleerde Tuunte betrokken waren. Deze bestuurders hadden voorafgaand aan de faillietverklaring al wel onderzocht of een doorstart eventueel mogelijk zou zijn, maar daarbij was geen gebruik gemaakt van de *'pre-pack methode'*. In de zaak *FNV/Princen Transmission B.V.* werd kort na de faillietverklaring van het transportbedrijf door de curator overeenstemming bereikt over een doorstart. Voorafgaand aan de faillietverklaring waren hiervoor met gebruikmaking van de *'pre-pack methode'* voorbereidingen getroffen.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
17 januari 2019

Ons kenmerk
2438143

De uitspraken in bovengenoemde zaken kwamen – kort gezegd – neer op het volgende. In de *Heiploeg-zaak* concludeerde het gerechtshof dat voldaan was aan alle door het EU-hof geformuleerde cumulatieve voorwaarden. De uitzonderingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn – die is geïmplementeerd in artikel 7:666 onderdeel a BW – was dus van toepassing en de werknemers konden geen beroep doen op de beschermingsregels opgenomen in de artikelen 7:662 e.v. BW. In de *Bogra-zaak* oordeelde het gerechtshof dat er geen sprake was geweest van een *'pre-pack'*. De situatie in die zaak week daardoor wezenlijk af van de situatie die zich voordeed in de *Smallsteps-zaak* en daarom was er volgens het gerechtshof geen aanleiding voor een analoge toepassing van de uitspraak van het EU-hof. Ook nu concludeerde het gerechtshof dat de uitzonderingsregel van artikel 7:666 onderdeel a BW van toepassing was. Het gerechtshof bekrachtigde daarmee in de *Heiploeg-zaak* en de *Bogra-zaak* de eerdere uitspraken van de kantonrechter in deze zaken. Inmiddels heb ik begrepen dat er in de *Heiploeg-zaak* cassatie is ingesteld bij de Hoge Raad. In de *Tuunte-zaak* overwoog de kantonrechter dat geen sprake was geweest van een *'pre-pack'* in de zin van het *Smallsteps-zaak* en dat de omstandigheid dat de bestuurders van de gefailleerde vennootschap voor faillissement de mogelijkheid van een overname van delen van de onderneming hebben onderzocht, dit niet anders maakte. Ook hier kwam de kantonrechter tot de slotsom dat de uitzonderingsregel van artikel 7:666 onderdeel a BW van toepassing was. In de zaak *FNV/Princen Transmission B.V.* kwam de kantonrechter tot een andere conclusie. De kantonrechter oordeelde in die zaak dat de faillissementsprocedure was ingeleid met het oog op een doorstart van de door Princen Transmission B.V. gedreven onderneming en niet (louter) gericht was op liquidatie van het vermogen. Daarmee was niet voldaan aan de tweede door het EU-hof geformuleerde cumulatieve voorwaarde en was in die zaak de uitzonderingsregel van artikel 7:666 onderdeel a BW dus niet van toepassing. De kantonrechter concludeerde dat sprake was van overgang van onderneming en dat de uit de richtlijn voortvloeiende en in de artikelen 7:662 e.v. BW opgenomen beschermingsregels van toepassing waren. De opzegging van de

arbeidsovereenkomsten door de curator dateerde echter van voor de overgang van de onderneming en omdat de werknemers de vernietigbaarheid van deze opzegging niet (tijdig) hadden ingeroepen, bleef die in stand. Dit betekende volgens de kantonrechter dat de werknemers bij de overgang weliswaar van rechtswege in dienst waren gekomen bij de degene die de onderneming overnam (hierna: de verkrijger), maar uitsluitend voor de duur van de opzegtermijn en dat zij over die periode een loonaanspraak hadden.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
17 januari 2019

Ons kenmerk
2438143

Een tweede mogelijkheid om de ontstane rechtsonzekerheid weg te nemen is om met nieuwe wetgeving te komen. Mede gelet op het feit dat het enige tijd zal duren voordat de impact van de uitspraak van het EU-hof in de jurisprudentie is uitgekristalliseerd, heeft het mijn voorkeur om deze mogelijkheid te beproeven. Dit staat los van mijn verzoek aan u om de behandeling van het wetsvoorstel inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: WCO I) zo spoedig mogelijk voort te zetten. De praktijk heeft behoefte aan de WCO I. Dit bleek recentelijk ook weer bij enkele reacties op de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen.⁸ Zoals ik in de brief van 11 april 2018 heb toegelicht, zijn er 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. In die gevallen is er geen behoefte aan een nieuwe regeling omtrent de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement. In de overige gevallen zullen – zolang er nog geen regeling is – de eerder genoemde uitspraken en eventuele volgende uitspraken waarbij de nationale rechter toepassing geeft aan de uitspraak van het EU-hof, uitkomst moeten bieden als er vragen rijzen over de positie van werknemers.

De richtlijn biedt een kader voor een wettelijke regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. Artikel 5 leden 1 en 2 van de richtlijn omvat de optie voor de lidstaten om de beschermingsregels ook toe te passen in een faillissementsprocedure, die naast liquidatie van het vermogen van de vervreemder ook gericht mag zijn op continuering van de onderneming. Vervolgens kunnen de gevolgen van die toepassing op basis van artikel 5 lid 2, onderdelen a en b, van de richtlijn worden verzacht door te bepalen dat schulden die al voor de faillietverklaring bestonden niet mee overgaan en dat de arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbonden kunnen worden aangepast.

De FNV en CNV en de NOvA hebben door middel van een brief aan uw Kamer opgeroepen gebruik te maken van deze lidstaatoptie. Zoals ik uw Kamer bij brief van 11 april jl. heb meegedeeld, heb ik deze oproep ter harte genomen en een kleine schrijfgroep geformeerd, bestaande uit vertegenwoordigers van de zijde van werknemers en werkgevers, de advocatuur en de curatoren en van de Ministeries van Justitie en Veiligheid en Sociale Zaken en Werkgelegenheid, alsmede twee wetenschappers. Op 17 mei en 18 juni 2018 hebben twee overleggen plaatsgevonden met de groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk die fungeert als klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma 'herijking faillissementsrecht' (hierna: de

⁸ Zie de publicatie in het FD van 13 november 2018: '*Juristen: onrust rond faillissementen van ziekenhuizen onnodig*'.

klankbordgroep).⁹ De schrijfgroep heeft – mede op basis van wat in de klankbordgroep is uitgewisseld tijdens voornoemde overleggen – de mogelijkheden verkend voor een nieuwe regeling. Doel daarbij is niet alleen om de genoemde rechtsonzekerheid te ondervangen, maar ook om tegemoet te komen aan het maatschappelijk onbehagen dat steeds vaker geuit wordt over de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement. De verkenning van de schrijfgroep heeft geresulteerd in contouren van een ontwerp regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. Op 19 november 2018 is hierover gesproken met de klankbordgroep.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
17 januari 2019

Ons kenmerk
2438143

Het is mijn bedoeling om in overleg met de klankbordgroep te komen tot een effectieve en evenwichtige regeling. Wat mij betreft zijn daarbij onder meer de volgende overwegingen van belang. Om de praktijk zoveel mogelijk zekerheid te kunnen geven, zou de regeling naar mijn mening moeten kunnen gelden voor iedere doorstart in faillissement die gekwalificeerd kan worden als een overgang in de zin van de richtlijn, dus zowel voor een doorstart die voorafgaand aan de faillietverklaring is voorbereid met gebruikmaking van de *'pre-pack methode'* als voor een doorstart waarbij dit niet het geval was of waarbij er een pauze heeft gezeten tussen de *'pre-pack fase'* en het faillissement. Een bijzonder aandachtspunt bij de voorbereiding van de regeling is dat de omstandigheden bij een overgang van onderneming in faillissement wezenlijk anders zijn dan bij een reguliere overgang van onderneming buiten faillissement. Zo vindt de overgang in het eerste geval plaats binnen de context van de faillissementsprocedure en moet rekening gehouden worden met de samenloop van de regeling met bepalingen uit de Faillissementswet. Bovendien is in faillissement altijd sprake van een financieel instabiele onderneming. In die situatie is van belang dat de overgang van de onderneming zo spoedig mogelijk kan plaatsvinden. Gebeurt dit niet, dan komt de onderneming doorgaans definitief stil te vallen met als gevolg dat alle werknemers hun baan verliezen en zowel de maatschappelijke schade als de individuele schade voor betrokkenen – waaronder werknemers, crediteuren en afnemers – toeneemt.

Voor de betrokkenen biedt een wettelijke regeling de volgende voordelen. Als met een nieuwe regeling duidelijk wordt wat bij een doorstart in faillissement de positie is van de werknemers die op het moment van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam waren, vergroot dit de voorspelbaarheid van het verkoopproces. Dit zorgt ervoor dat partijen zich aan een doorstart willen wagen. Crediteuren hebben er baat bij dat er doorstarts kunnen blijven plaatsvinden, omdat met een onderhandse verkoop van de onderneming in de regel meer opbrengst te realiseren is dan bij een veiling van de afzonderlijke activa. Een doorstart van de onderneming betekent ook behoud van werkgelegenheid. Voor de werknemers is het belangrijk dat zij daar dan ook daadwerkelijk van kunnen profiteren en dat zij de gelegenheid krijgen om de arbeidsplaatsen die bij de overgang behouden blijven, in te nemen. Verder hebben concurrerende

⁹ De klankbordgroep bestaat uit vertegenwoordigers van onder meer RECOFA, het landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling; curatorenvereniging INSOLAD; de JIRA, de vereniging voor jonge curatoren; de NEVOA, de beroepsorganisatie voor bedrijfsjuridisch adviseurs; de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Banken; de vakbonden CNV en FNV en van werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB.

ondernemers er belang bij dat een doorstart zo min mogelijk concurrentievoordeel voor de verkrijger oplevert. Bij een doorstart in faillissement wordt de onderneming bij de overgang als het ware uit het faillissement gelicht en kan deze schuldenvrij worden voortgezet. De concurrenten moeten echter hun schulden zelf blijven dragen. Als ook in faillissement sprake is van een regeling betreffende overgang van onderneming kan dit leiden tot verkleining van het concurrentievoordeel. Ook kan een regeling waarbij meer eisen worden gesteld aan een doorstart in faillissement een extra drempel opwerpen tegen misbruik van het faillissement met als het doel om werknemers rechten te ontnemen.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum
17 januari 2019

Ons kenmerk
2438143

Tegelijkertijd betekent het stellen van meer eisen ook dat een doorstart meer voorbereidingstijd zal vergen. Zoals ik eerder heb opgemerkt, is 'tijd' iets waaraan in een faillissementssituatie veelal een gebrek is. Als de ontwerp regeling toegepast kan worden in combinatie met de WCO I, kunnen veel van de voorbereidingen die nodig zijn om de doorstart tot stand te brengen al voor de faillietverklaring in gang gezet worden en zou op die manier tijd gewonnen kunnen worden.

Ik streef ernaar om in het voorjaar van 2019 een voorontwerp voor een nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement via het internet in consultatie te geven. De praktijk heeft behoefte aan een lange termijn oplossing en een nieuwe wettelijke regeling kan daarin voorzien.

De leden van de SP-fractie vragen of ik van oordeel ben dat de voorgestelde WCO I in overeenstemming is met de richtlijn. Zij wijzen er in dit verband op dat in het wetsvoorstel WCO I geen regels zijn opgenomen om misbruik als bedoeld in de richtlijn te voorkomen. Gelet op dit laatste vragen de leden van de SP-fractie ook naar het risico op staatsaansprakelijkheid wegens onjuiste implementatie van de richtlijn.

In reactie op deze vragen wil ik allereerst nogmaals benadrukken dat de WCO I niet ziet op datgene dat wordt geregeld in de richtlijn: de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij een overgang van onderneming. De WCO I ziet niet op het faillissement zelf, maar op de fase die daaraan vooraf kan gaan. Het wetsvoorstel omvat een regeling voor de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris die kort voor de faillietverklaring kan plaatsvinden. Daarmee biedt het wetsvoorstel voor de '*pre-pack methode*' een wettelijk kader, maar dan uitsluitend voor zover het betreft 1) de voorwaarden waaraan voldaan moet zijn, wil de rechtbank kunnen overgaan tot aanwijzing van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris; 2) de rol van de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase die op de aanwijzing volgt en de middelen die hem in dat kader ter beschikking staan; 3) de verhouding tussen de beoogd curator en de rechtbank en 4) de rol van de beoogd rechter-commissaris. De arbeidsrechtelijke positie van werknemers in geval van overgang van onderneming is geregeld in de artikelen 7:662 e.v. BW. In artikel 7:666 onderdeel a BW is – in overeenstemming met artikel 5 lid 1 van de richtlijn – bepaald dat deze beschermingsregels niet gelden in faillissement. Deze regel moet door de rechter worden toegepast in overeenstemming met de uitspraak van het EU-hof.

Verder is van belang dat het EU-hof niet heeft geconcludeerd dat de Nederlandse Faillissementswet of de artikelen 7:662 e.v. BW over overgang van onderneming in strijd zijn met de richtlijn. Het EU-hof heeft de vraag beantwoord of de bescherming die op basis van de richtlijn aan werknemers wordt geboden bij een overgang van onderneming ook geldt in geval van een overgang in faillissement die is voorbereid door middel van de *'pre-pack methode'*. Dit is volgens het EU-hof het geval als de intentie bij de toepassing van de *'pre-pack methode'* vooral was om de mogelijkheden voor een voortzetting van de activiteiten van de onderneming te onderzoeken en de handelingen die daarvoor nodig waren alvast voor te bereiden, zodat de overgang onmiddellijk na de faillietverklaring zou kunnen plaatsvinden. De nationale rechter zal hiermee in concrete doorstartsituaties rekening moeten houden door de Faillissementswet en de artikelen 7:662 e.v. BW overeenkomstig de uitspraak en de daarbij door het EU-Hof gegeven uitleg toe te passen. Zoals ik hierboven heb beschreven, is dat inmiddels ook al een aantal keer gebeurd. Het risico op staatsaansprakelijkheid wegens onjuiste implementatie van de richtlijn is daarom verwaarloosbaar.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**

Datum

17 januari 2019

Ons kenmerk

2438143

De Minister voor Rechtsbescherming,

Sander Dekker