



> 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**
Sector Privaatrecht

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

Ons kenmerk
2128995

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

Datum 28 september 2017
Onderwerp Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I

Bij brief van 7 juni jl. heeft de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie mij enige nadere vragen gesteld naar aanleiding van mijn brief van 19 mei jl. De brief van 19 mei 2017 betrof een reactie op eerdere vragen over het wetsvoorstel inzake de Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: WCO I) in verband met een op 29 maart 2017 gepubliceerde conclusie van de advocaat-generaal bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook: het Hof). In deze zaak FNV / Smallsteps is op 22 juni 2017 arrest gewezen. Bij brief van 6 juli 2017 heb ik u verzocht de behandeling van de WCO I aan te houden tot kort na het zomerreces. De vaste commissie vraagt wat de consequenties zullen zijn voor het wetsvoorstel inzake de WCO I als het Hof de conclusie van de advocaat-generaal overneemt in de zaak FNV / Smallsteps (Zaak C 126/16) en de Nederlandse rechter zich zal conformeren aan die beslissing. Ook vraagt de vaste commissie of ik de mening deel dat het de voorkeur heeft, gelet op de wetgevingskwaliteit en de rechtszekerheid, dat de WCO I voldoet aan de Europese regelgeving in plaats van dat het in voorkomende gevallen richtlijnconform geïnterpreteerd moet worden door de rechter. Ten slotte heeft de vaste commissie mij gevraagd in te gaan op de vraag wat de beslissing van het Hof betekent voor "pre-pack situaties" die onder het geldende recht zijn afgehandeld en of er schadeclaims te verwachten zijn.

Ik merk op dat de zaak FNV / Smallsteps door het Hof is terugverwezen naar de Rechtbank Midden-Nederland die met inachtneming van de uitspraak van het Hof het voorliggende geschil zal moeten beslechten. Het is aan de rechtbank om in het concrete geval van FNV / Smallsteps te oordelen. Ik beperk mij derhalve tot de gevolgen die het arrest heeft voor de praktijk in algemene zin en de bij uw Kamer aanhangige WCO I.

1. De uitspraak FNV / Smallsteps

Het gaat in de FNV / Smallsteps zaak over de bescherming die richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van ondernemingen (hierna: de richtlijn) biedt aan werknemers bij een doorstart in faillissement die is voorafgegaan door toepassing van de "pre-pack praktijk"; dat wil zeggen dat kort voor de faillietverklaring op verzoek van het bestuur in stilte alvast een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris worden aangewezen door de rechtbank. Kernvraag is of bij een overgang van onderneming in faillissement die met de geschetste pre-pack praktijk is voorbereid, de werknemers van rechtswege in dienst zijn van de

verkrijgende onderneming met behoud van de rechten en verplichtingen uit hun arbeidsovereenkomst, of dat een beroep kan worden gedaan op de in artikel 5 lid 1 van de richtlijn opgenomen uitzondering die in Nederland in artikel 7:666 lid 1, onderdeel a, van het Burgerlijk Wetboek is omgezet. In het laatste geval komen de werknemers niet automatisch in dienst van de verkrijger.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

Datum
28 september 2017

Ons kenmerk
2128995

Het Hof heeft bij arrest van 22 juni 2017 voor recht verklaard dat artikel 5 lid 1 van de richtlijn als volgt moet worden uitgelegd. De bescherming van werknemers die wordt geboden door de richtlijn moet worden gehandhaafd in een situatie waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack. Dit laatste geldt indien bij de pre-pack met name de mogelijkheden zijn onderzocht van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en waarbij handelingen worden voorbereid die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht om die voortzetting te verwezenlijken. De omstandigheid dat de pre-pack tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, maakt dat niet anders. Het doel van de richtlijn is volgens het Hof bescherming van werknemers bij overgang van een onderneming, met name door het behoud van hun rechten bij een overgang van onderneming. Om een beroep te kunnen doen op de uitzondering van artikel 5 lid 1 gelden volgens het Hof de volgende cumulatieve voorwaarden:

- (1) de vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure;
- (2) deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder; en
- (3) deze procedure moet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan.

2. Gevolgen voor de praktijk en de WCO I

De uitspraak van het Hof ziet op de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij een doorstart in faillissement waarbij de "pre-pack praktijk" is toegepast. De uitspraak staat niet in de weg aan de WCO I, omdat de WCO I een algemene regeling geeft voor de voorfase van het faillissement. 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 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 WCO I ziet niet op de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij een doorstart in faillissement en geeft evenmin antwoord op de vraag of de uit de richtlijn voortvloeiende regels betreffende de rechten van werknemers bij overgang van onderneming dan toepassing zouden moeten vinden. De arbeidsrechtelijke positie van werknemers in geval van overgang van onderneming is geregeld in Afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). In artikel 7:666 lid 1 onderdeel a BW is geregeld dat de in de genoemde afdeling opgenomen regels betreffende de rechten van werknemers bij overgang van onderneming niet van toepassing zijn "op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de

onderneming tot de boedel behoort". Deze regel, waarvan de reikwijdte door het Hof in de genoemde uitspraak nader is verduidelijkt, blijft van toepassing en wordt met de WCO I niet gewijzigd. De WCO I biedt ook na de uitspraak van het Hof een meerwaarde voor de praktijk, ook in andere gevallen dan die waarbij een 'pre-pack' leidt tot een doorstart in faillissement. Met de aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris kan plotseling waardeverlies door faillissement worden beperkt, doordat de nadelige gevolgen van een faillissement tevoren kunnen worden beoordeeld en zo nodig maatregelen kunnen worden getroffen om deze te beperken of te voorkomen. Hierbij kan worden gedacht aan het tevoren treffen van voorzieningen om kwetsbare of bederfelijke goederen op te slaan die anders bij een onvoorbereid faillissement verloren zouden gaan of een zorginstelling die bij een naderend faillissement op deze manier maatregelen kan nemen om onnodige onrust te voorkomen zonder dat daarbij een doorstart is beoogd.

**Directie Wetgeving en
Juridische Zaken**
Sector Privaatrecht

Datum
28 september 2017

Ons kenmerk
2128995

Ik merk op dat de WCO I ook in de situatie van een voorbereide doorstart meerwaarde biedt, doordat zij een wettelijk kader introduceert voor de stille voorbereidingsfase voor faillissement. Verder zijn waarborgen opgenomen op het gebied van toezicht. Zo voorziet de WCO I in de benoeming van een beoogd curator en toezicht door de rechter-commissaris op de beoogd curator. Bij de opening van de stille voorbereidingsfase kan de rechter bovendien voorwaarden stellen om de belangen van de verschillende partijen te waarborgen (363 lid 4 Fw). Zo is de rechter verplicht om de OR/werknemers in de stille voorbereidingsfase een rol te geven (363 lid 4 Fw). Niet het bestuur van de onderneming is in de stille voorbereidingsfase leidend, maar de curator. Het bestuur is bovendien verplicht om de curator alle noodzakelijke informatie te geven (364 lid 1 Fw). De stille voorbereidingsfase kan bovendien worden beëindigd door de rechter, door intrekking van de aanwijzing van de beoogd curator (artikel 363 lid 1). Tot slot moet de beoogd curator aan het einde van de stille voorbereidingsfase verslag uitbrengen (artikel 366 lid 4 Fw). Bij een pre-pack die leidt tot een doorstart van de onderneming in faillissement, moet voortaan rekening worden gehouden met de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming voor de werknemers. Of in voorkomende gevallen een beroep kan worden gedaan op de uitzondering van artikel 7:666 lid 1 onderdeel a BW zal de (beoogd) curator en uiteindelijk de rechter aan de hand van de uitspraak van het Hof moeten beoordelen.

3. Aanpassing van het Burgerlijk Wetboek en vervolgstappen

Uw Kamer vraagt of het de voorkeur heeft, gelet op de wetgevingskwaliteit en de rechtszekerheid, dat de WCO I voldoet aan de Europese regelgeving in plaats van dat het in voorkomende gevallen richtlijnconform geïnterpreteerd moet worden door de rechter. Zoals hiervoor opgemerkt, meen ik dat de WCO I geen aanpassing behoeft omdat de WCO I niet ziet op de arbeidsrechtelijke positie van werknemers. Indien sprake is van een doorstart uit faillissement, waarbij de WCO I is toegepast, heeft de rechter de mogelijkheid om de bepaling van artikel 7:666 lid 1 onderdeel a BW overeenkomstig de richtlijn en de uitspraak van het Hof te interpreteren. Hiervoor is geen wetswijziging nodig: de wettekst voldoet aan de richtlijn.

4. Gevolgen van de uitspraak voor reeds afgehandelde zaken

Ten slotte heeft de vaste commissie mij gevraagd in te gaan op de vraag wat de beslissing van het Hof betekent voor "pre-pack situaties" die al zijn afgehandeld en of er schadeclaims te verwachten zijn. Of de "pre-pack situaties" die in het verleden zijn afgehandeld ook steeds in overeenstemming zijn geweest met de uitleg die het Hof nu heeft gegeven, hangt af van de omstandigheden van het geval. De rechter zal dit desgevraagd moeten beoordelen. Blijkt dit in een individuele situatie niet het geval te zijn geweest, dan zouden er werknemers kunnen zijn die hierdoor gedupeerd zijn. Deze werknemers hebben dan bijvoorbeeld de mogelijkheid om de doorstarter in rechte aan te spreken. Of en in welke mate hun vordering kans van slagen heeft is van geval tot geval verschillend en ter beoordeling aan de rechter.

Directie Wetgeving en
Juridische Zaken
Sector Privaatrecht

Datum
28 september 2017

Ons kenmerk
2128995

5. Bespreking met de praktijk

Zoals aangekondigd in mijn brief van 6 juli 2017 heb ik een overleg gehad met verschillende vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk (INSOLAD, RECOFA, NEVOA, JIRA, NOVA, NVB), enkele insolventie- en arbeidsrechtsspecialisten, alsook de vakbonden CNV en FNV, en werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB. De uitkomst van deze bijeenkomst sluit aan bij hetgeen ik hiervoor heb besproken, namelijk dat er geen belemmering is om door te gaan met de WCO I. Er is een wens bij partijen om tot aanpassing te komen van de rechtspositie van de werknemer in faillissement, al zijn de meningen verdeeld over de wijze waarop dit moet gebeuren. De positie van de werknemer in faillissement is ook onderdeel van het programma tot herijking van het faillissementsrecht, waarvoor de afgelopen periode een aantal verkennende stappen zijn gezet.¹ Mede gelet op de nodige beleidsmatige en politieke keuzes die gemaakt moeten worden, laat ik het aan een volgend kabinet om op dit onderwerp nadere stappen te ondernemen.

6. Tot slot

Samengevat meen ik dat de WCO I niet hoeft te worden aangepast. Wel zal conform de uitspraak van het Hof rekening moeten worden gehouden met de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming, indien de WCO I wordt toegepast met het oog op een doorstart. Ik verzoek uw Kamer om de behandeling van de WCO I te hervatten.

De Minister van Veiligheid en Justitie,



S.A. Blok

¹ Zie Kamerstukken II 2016-17, 33 695, nr. 14.