

- Ministerie van Justitie & Veiligheid
Minister van Rechtsbescherming
T.a.v. de heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

KENMERK: B/21/13441/GM

DATUM: 21 juli 2021

ONDERWERP: Wet continuïteit ondernemingen I – novelle

Geachte heer Dekker,

We hebben kennisgenomen van de novelle bij het wetsvoorstel dat in de aanhef is genoemd. Alhoewel de reikwijdte van het oorspronkelijke wetsvoorstel met de novelle wordt beperkt tot situaties waarin een groot maatschappelijk belang speelt, merken we in algemene zin op dat het begrip ‘groot maatschappelijk belang’ beperkt omschreven¹ is en de veelheid van de te behartigen belangen niet in lijn liggen met het reguliere faillissementsrecht. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers, waaronder werknemers, moet ons inziens voorop blijven staan. Pensioenfondsen treden op in het belang van werknemers die deelnemen in pensioenregelingen. De pensioenpremievorderingen behoren dan ook goede bescherming te krijgen. We vragen daarom om, in lijn met rechtspraak, expliciet vast te leggen dat:

- bij een gedwongen akkoord de pensioenpremie, pensioenpremieplicht en pensioenpremievordering buiten het gedwongen akkoord valt; en
- bij een overgang van onderneming in faillissement pensioen, pensioenpremie, pensioenpremieplicht en pensioenpremievordering overgaat.

De positie van werknemers in faillissement heeft versterking nodig

De rechten van werknemers bij een doorstart, gedwongen akkoord of direct na faillietverklaring zijn nog (te) onzeker.¹ De Pensioenfederatie vindt dat het niveau van bescherming dat aan werknemers moet worden geboden versterking nodig heeft.

¹ Vergelijk Heiploeg ([ECLI:NL:HR:2020:753](https://ecli.nl/hr:2020:753)) en SmallSteps ([ECLI:EU:C:2017:489](https://ecli.eu/c:2017:489)).

De Pensioenfederatie reageert vanuit het pensioenbelang van werknemers en andere deelnemers in een pensioenfonds en vraagt om in de toelichting bij de novelle duidelijk te maken dat:

- een goed evenwicht moet bestaan tussen het onderhavige algemeen belang, het belang van de werknemers en het belang van de gezamenlijke schuldeisers; en
- de vordering op de achterstallige pensioenpremies (feitelijk en juridisch) moet blijven bestaan en de toegang tot de faciliteit van artikel 61–68 van de werkloosheidswet open moet staan indien een vordering onverhoopt onbetaald blijft,²

Een duidelijke vastlegging dat ‘pensioenpremie, pensioenpremieplicht en pensioenpremievordering’ volgt uit de arbeidsovereenkomst is belangrijk. Met een dergelijke vastlegging wordt duidelijk dat:

- bij een gedwongen akkoord de pensioenpremie, pensioenpremieplicht en pensioenpremievordering buiten het gedwongen akkoord valt³; en
- bij een overgang van onderneming in faillissement pensioen, pensioenpremie, pensioenpremieplicht en pensioenpremievordering overgaat.⁴

² Belangrijk is overigens dat pensioenfondsen namens de werknemers een beroep op de loongarantieregeling kunnen doen. Op dit moment blijkt lang niet elke werknemer doordrongen te zijn van het belang om de aanvraag te doen zodat deze aanvragen achterwege blijven en pensioenpremie onbetaald blijft. Het door ons voorgestane zelfstandige vorderingsrecht van pensioenfondsen maakt geen onderdeel uit van de novelle terwijl het belang van dit zelfstandige vorderingsrecht toch niet vergeten mag worden. Op 9 juni 2020 heeft de Pensioenfederatie samen met de Stichting van de Arbeid bij minister Koolmees van Sociale Zaken en Werkgelegenheid [aandacht gevraagd](#) voor de ontbrekende premie bij faillissementen.

³ Pensioenpremievorderingen zijn immers ‘*rechten van werknemers die volgen uit een arbeidsovereenkomst*’ zoals genoemd in artikel 369, vierde lid van de Faillissementswet. Dat ligt ook in lijn met de artikel 1 leden 1 en 6 van Richtlijn EU 2019/1023 en overweging 20 van diezelfde richtlijn. Een richtlijn waarmee bij de totstandkoming al rekening werd gehouden getuige de memorie van toelichting Zie de [internetconsultatie](#) van het concept van de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie die toelicht dat de wetgever ervoor heeft “*gekozen om de WHOA zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten*” omdat “*De WHOA [...] een vrij lang voorbereidingstraject [kende] dat na verloop van tijd parallel begon te lopen met de onderhandelingen over de richtlijn. Op dat moment is ervoor gekozen om de WHOA zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten.*”

⁴ Dit gebeurt op basis van het GOM-arrest [ECLI:NL:HR:2016:2375](#), Hoge Raad, 14-10-2016 / 15/05606 waaruit duidelijk wordt dat pensioen, de premieplicht en pensioenpremievorderingen volgen uit de arbeidsovereenkomst.

De oproep van de Pensioenfederatie is om deze conclusie uit rechtspraak op te nemen in de Memorie van Toelichting omdat we in de praktijk merken dat de jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent de rechtsregel “pensioen, pensioenpremie, pensioenpremieplicht en pensioenpremieordering volgt uit de arbeidsovereenkomst” niet bekend is dan wel wordt genegeerd. Dit geeft als risico dat het gehele systeem vanuit de Pensioenwet, Wet verplichte beroepspensioenregeling en de Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfstakpensioenfonds 2000 inclusief de loongarantieregeling uit de Werkloosheidswet op de tocht staat. Volgens ons kan en mag dat niet het effect zijn van de herijking van het faillissementsrecht.

We lichten dat graag uitgebreider toe.

Werkgevers hebben een onderbrengingsplicht en de plicht tot premiebetaling aan pensioenuitvoerders

Voor werkgevers bestaat een onderbrengingsplicht van de aanspraken die volgen uit een pensioenovereenkomst. De voor pensioen bestemde gelden worden daarom zo snel mogelijk afgescheiden van het vermogen van de werkgever. Op die manier wordt gewaarborgd dat deze gelden door de werkgever niet voor andere doeleinden dan pensioen kunnen worden aangewend. Zo wordt ook voorkomen dat de voor pensioen bestemde gelden verloren gaan bijvoorbeeld in geval van faillissement van de werkgever. Dat de wetgever dit uitgangspunt belangrijk vindt blijkt uit de Pensioenwet en voorafgaande Pensioen- en Spaarfondsenwet.⁵

Bij deze onderbrengingsplicht behoort ook de plicht, voor zowel de werkgever als de pensioenuitvoerder, om:

- de manier van betaling van premie goed te borgen⁶; en
- betalingsachterstanden te voorkomen om het risico van onbetaald gebleven pensioenpremie te minimaliseren.

De concepttekst van de memorie van toelichting bij de novelle laat het pensioenbelang van de werknemers en de tijdige betaling van pensioenpremie

⁵ Kamerstukken II 2005/2006 30 413 nr. 3 [pagina 44](#).

⁶ Zie de artikelen [25](#), [26](#) en [27](#) van de Pensioenwet.

ten onrechte buiten beschouwing. Het is belangrijk dat de toelichting benadrukt dat de werkgever en de (stille) bewindvoerder/ beoogd curator pensioenpremie blijven afdragen en zeker geen onderdeel laten uitmaken van een *onderhands akkoord*. Voor een goed evenwicht van genoemde belangen en de rechtszekerheid zijn we van mening dat het nodig is om expliciet vast te leggen de rechten van werknemers, waaronder de plicht tot voldoening van de pensioenpremies, mee over te laten gaan bij de *doorstart in faillissement*.

De pensioenpremievordering blijft intact na een gedwongen akkoord en doorstart

In onze reactie op internetconsultatie wetsvoorstel implementatie Richtlijn 2019-1023 van 3 mei 2021 hebben we geconcludeerd dat pensioenpremie-vorderingen buiten het gedwongen akkoord blijven en bij een doorstart mee overgaan. We baseren dit op het uitgangspunt dat pensioenpremie-vorderingen ‘*rechten van werknemers die volgen uit een arbeidsovereenkomst*’ zoals genoemd in artikel 369, vierde lid van de Faillissementswet zijn. Dat ligt ook in lijn met de artikel 1 leden 1 en 6 van Richtlijn EU 2019/1023 en overweging 20 van diezelfde richtlijn. Voor de novelle betekent dit volgens ons dat deze bijdraagt aan rechtszekerheid als dit helder wordt opgeschreven.⁷

De rechtsregel volgt uit het zogeheten GOM-arrest.⁸ In rechtsoverweging 3.11 merkt de Hoge Raad het volgende op: “*Bij de hier aan de orde zijnde uitleg van de [art. 7:663 en 7:664 BW](#) dient voorts de omstandigheid te worden betrokken dat de werknemer die zowel voor als na de overgang van de onderneming verplicht deelneemt in hetzelfde bedrijfstakpensioenfonds, in die zin geen belang heeft bij het instellen van een vordering tot premiebetaling tegen de overdragende werkgever of de verkrijger, dat de verplichting van het pensioenfonds om aangesloten werknemers – als zij aan*

⁷ Mocht de wetgever onverhoopt besluiten dat de premievorderingen onderdeel (kunnen) uitmaken van een onderhands akkoord dan is het belangrijk vast te stellen dat die vorderingen in juridische zin blijven bestaan zodat de openstaande vorderingen voor vergoeding door UWV in aanmerking komen. Op basis van de loongarantieregeling zoals bedoeld in de artikelen 61-68 Werkloosheidswet vergt dat – indien onze visie vanuit de rechtspraak niet wordt gevolgd – expliciete vastlegging.

⁸ Hoge Raad, 14-10-2016 / 15/05606 ([ECLI:NL:HR:2016:2375](#))

de daartoe gestelde voorwaarden voldoen – pensioenuitkeringen te doen, bestaat onafhankelijk van het antwoord op de vraag in hoeverre door de werkgever de verschuldigde premie is voldaan. Als het pensioenfonds niet over een eigen recht zou beschikken om de verkrijger aan te spreken tot betaling van achterstallige premies, zou de nakoming van de – voor de dekkingsgraad van het totaal van de verplichtingen van het pensioenfonds belangrijke – verplichting van de verkrijger om eventuele achterstallige premies te voldoen, dus onvoldoende zijn gewaarborgd. Indirect kunnen daardoor ook de belangen van de werknemers zelf worden geschaad, namelijk in het geval het pensioenfonds wegens een te lage dekkingsgraad zou overgaan tot korting op de pensioenen ([art. 134 Pw](#)).”

De rechtspraak verdient een heldere toelichting

Ons verzoek is daarom in de memorie van toelichting op te nemen dat de ‘rechten van werknemers die volgen uit een arbeidsovereenkomst’, op basis van vaste rechtspraak mede zien op pensioenpremies, premieplicht en premievorderingen, zodat deze

- mee overgaan bij een doorstart in faillissement en
- buiten een gedwongen akkoord blijven.

Voor eventuele vragen is mr. Gerard Metske (gerard.metske@pensioenfederatie.nl) bereikbaar.

Met vriendelijke groet,
[signature removed]

Edith Maat
Directeur

Bijlage: –

ⁱ In de marge merken we op dat de overheid veel regelgeving uitvaardigt waarbij het volgens ons een doel dient om vanuit overheidswege eenduidiger te zijn. In plaats van het weinig omliggende begrip ‘maatschappelijk belang’ is het voor de wetgever te overwegen om consistent te zijn.

Een mogelijkheid om ‘groot maatschappelijk belang’ te duiden kan ook zijn naar de bestaande manier van werken rond de (aanwijzing van) Organisaties van Openbaar Belang. Een andere oplossing kan uiteraard zijn op aan te sluiten op de grootte klassen bij jaarverslaggeving (balanstotaal, netto-omzet en/of grenzen aantallen werknemers die in dienst zijn). In (te) open norm draagt niet bij aan rechtszekerheid en zal tot koud watervrees bij de toepassing van de WCO I-novelle kunnen leiden.

Omdat de aanleiding van de novelle in de zorgsector is gelegen zou een aanwijzing als Organisatie van Openbaar Belang van ziekenhuizen, zorginstellingen, ggz-instellingen logisch zijn. Een dergelijke aanwijzing zoals bijvoorbeeld in Staatsblad 2019 nr. 252. draagt, behalve consistentie in regelgeving naar alle waarschijnlijk ook bij aan het verbeteren van de werking van het bestuursmodel en geeft extra scherpte door extra controle werkzaamheden van de onafhankelijke accountant. Het rapport van de Onderzoeksraad voor Veiligheid (‘OVV’) “Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen; risico’s voor patiëntveiligheid” van 19 december 2019 rechtvaardigt dat bij nader inzien alleszins.¹ Het mes snijdt dan aan twee kanten: de besturing en controle wordt versterkt wat het risico op faillissement beperkt en interpretatieruimte in de definitie wordt voorkomen. Zie voor een soortgelijke conclusie de [brief](#) van de algemene rekenkamer van 1 mei 2020 (Kamerstukken II 2019-2020 22 977 nr. 30 en een [rapport](#) van de Commissie toekomst accountancysector ‘vertrouwen op controle’ die stelt dat “[...] *verzwaarde governance eisen voortkomen uit het grotere publieke belang dat aan de wettelijke controle van een OOB (organisatie van openbaar belang) wordt gehecht. Tegelijkertijd stelt de commissie vast dat er in Nederland een substantieel aantal publieke en private entiteiten actief is dat het belang van een ‘gemiddelde MKB-onderneming’ aanzienlijk overstijgt maar niet als OOB- wordt aangemerkt. Zo is er een aantal grote (soms zeer grote) ondernemingen actief die niet of niet langer beursgenoteerd is en daarom niet onder het criterium van de OOB vallen. Hetzelfde geldt voor grote publieke instellingen zoals gemeenten, ziekenhuizen en onderwijsinstellingen. Zij kunnen en worden in de praktijk ook door niet-OOB-accountantsorganisaties gecontroleerd. De wettelijke controle van deze ondernemingen is van niet onaanzienlijk publiek belang. De vraag rijst vervolgens waarom de governance van de accountantsorganisaties die deze ondernemingen controleren niet wordt onderworpen aan de bovengenoemde – uitermate verstandige – eisen die aan OOB-accountantsorganisaties worden gesteld.*