



FNV
Hertogswetering 159
Postbus 9208
3506 GE Utrecht
T 088-368 03 68



CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht
T 030 - 751 11 00

Aan de minister voor Rechtsbescherming, de heer F.M Weerwind

CC: Ministerie van Justitie en Veiligheid, directie Wetgeving en Juridische Zaken,
de heer mr. W. van den Aardweg

Datum

24 februari 2022

Ons kenmerk

22-020/ZK/RvS/tvm

Betreft / Onderwerp

Reactie op consultatiedocument over het insolventierecht

Doorkiesnummer

088 368 19 71

Email contactpersoon

rik.vansteenbergen@fnv.nl

Bijlage(n)

-

Geachte heer Weerwind,

Inleiding

Volgens de inleiding is het doel van het consultatiedocument insolventierecht de insolventiepraktijk te betrekken bij de verdere ontwikkeling van het insolventierecht. De grote makke van het document is naar het oordeel van de vakcentrales FNV en CNV dat het de vragen en vraagstukken die worden opgeroepen uitsluitend benadert vanuit het insolventierecht. Dat maakt dat die benadering eenzijdig is. Dezelfde vragen en vraagstukken kun je ook (mede) vanuit het arbeidsrecht en ondernemingsrecht benaderen. Dat leidt soms tot andere antwoorden. In die zin is de schets van de bredere context van het insolventierecht nog veel te beperkt.

Preventie

Voor de vraag naar mogelijkheden om ondernemers te helpen om hun financiële positie nog beter in het oog te kunnen houden verwijzen de vakcentrales naar hun commentaar op het wetsvoorstel tot implementatie van de Europese herstructurerings- en insolventierichtlijn. De vakcentrales bepleiten daarin een systeem, waarin derden, die omstandigheden signaleren die tot dreigende insolventie kunnen leiden, verplicht worden om daarover eerst de onderneming zelf te informeren en, indien de verantwoordelijke bestuurders dat binnen een korte termijn (twee weken) zelf niet doen, ook de belanghebbenden, waaronder de ondernemingsraad (OR). De OR is voor zijn informatie over de financiële positie van de onderneming afhankelijk van de financiële gegevens die de ondernemer hem verstrekt (art. 31a WOR).

De praktijk wijst uit dat de ondernemer zeer terughoudend is in het verstrekken van de relevante informatie en dat de OR vaak pas kennis neemt van de slechte financiële positie als het te laat is om insolventie of faillissement af te wenden. Bedrijfsinformatie is in Nederland ook in zijn algemeenheid slecht toegankelijk. Publieke registers als het Handelsregister en het UBO- register, die, vergeleken met bijvoorbeeld het Centraal Handelsregister van Denemarken, toch al weinig informatie bevatten, zijn gesloten: je moet betalen voor informatie en kunt die niet vrij doorzoeken. Daardoor krijgt Nederland in de Global Open Data Index qua bedrijfsinformatie een

dikke onvoldoende (15 op een schaal van 100, gepositioneerd tussen Myanmar en Peru), terwijl bijvoorbeeld Frankrijk en Groot-Brittannië wel optimaal scoren.

Probleem is ook dat een faillissement vaak te wijten is aan wanbeheer en slecht management, derhalve de schuld is van de ondernemer zelf. Een groter probleem dan dat ondernemers hun financiële positie onvoldoende in het oog houden is dat ondernemers met die kennis niet altijd handelen zoals van hen verwacht mag worden. In de artt. 2:129 lid 5 en 2:239 lid 5 BW is bepaald dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Onder de bij de vennootschap of haar onderneming betrokkenen vallen onder meer schuldeisers, aandeelhouders en werknemers. Een bestuurder van een onderneming, die in financieel zwaar weer verkeert en verliesgevende activiteiten voortzet, kan onder omstandigheden jegens een schuldeiser wiens vordering onbetaald en onverhaalbaar blijft – naast de vennootschap – persoonlijk aansprakelijk zijn.

Surseanceregeling

De voorstellen (van Insolad) om de positie van werknemers in de surseanceregeling nog verder te verzwakken zijn voor de vakcentrales onaanvaardbaar. De positie van werknemers in Nederland in geval van (dreigende) insolventie is in vergelijking met andere Europese landen beroerd. Initiatieven om die positie te verbeteren zijn tot onze grote teleurstelling onhold gezet. Bespreking van een wijziging van de surseanceregeling is voor de vakcentrales dan ook onaanvaardbaar, zolang als het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement (WOVOF) niet is aangenomen en in werking getreden. De vakcentrales dringen er op aan om spoed te betrachten bij het in werking laten treden van dit wetsvoorstel, dat al veel te lang op de plank blijft liggen.

Turboliquidatie

De vakcentrales bepleiten eveneens spoed met een permanente wettelijke regeling van de turboliquidatie, waarbij misbruik van dit instrument onmogelijk wordt gemaakt.

De taak van de curator

De curator mag in zijn streven voor de schuldeisers een zo groot mogelijk boedelactief te genereren, ook belangen van maatschappelijke aard betrekken, zoals werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming alsmede fraudebestrijding. De vakcentrales hebben er in hun brief van 20 mei 2014 (kenmerk CP/RvS/20) al voor gepleit om die publieke taken van de curator anders te financieren dan uit de boedel, zodanig dat die andere financieringsbron zoveel mogelijk aansluit bij de betreffende publieke taak; in het geval van het doen van aangifte faillissementsfraude bijvoorbeeld uit de publieke middelen.

En misschien moeten we nog verder gaan. Het komt regelmatig voor dat er in een faillissement geen of onvoldoende geld is om het salaris van de curator te betalen. Dat betekent nog niet dat de curator geen werk hoeft te verrichten. Eigenlijk is dat een onwenselijke situatie. In wezen is de functie van de curator een publieke functie. Ook met diens streven voor de schuldeisers een zo groot mogelijk boedelactief te genereren is een publiek belang gediend. Je zou kunnen zeggen dat dit streven zich al slecht verdraagt met het feit dat uit dat boedelactief eerst zijn eigen salaris moet worden betaald. Bovendien vervult de curator zijn taak niet in opdracht van die

gezamenlijke schuldeisers. Dus waarom zouden ze hem als het ware voor die taak uit de boedel betalen? Een praktisch effect van volledige financiering van de (publieke) taken van de curator uit de publieke middelen is dat het niet meer van belang is te reconstrueren waar de ene publieke taak, die nu noch ten laste van de boedel komt, ophoudt en de andere publieke taak, die soms deels al uit publieke middelen wordt gefinancierd (fraudebestrijding), begint. Dat kan ook schelen in het aantal rechtszaken. Bovendien draagt het separaat financieren, via publieke middelen, bij aan het vertrouwen dat een faillissement onafhankelijk en correct wordt afgehandeld.

Te overwegen valt ook om bij en krachtens de Faillissementswet nadere regels te stellen omtrent de voorwaarden waaronder personen tot curator kunnen worden benoemd. Dat vergt een nadere uitwerking van de bestaande Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren in faillissementen en surseances van betaling. Die moeten voldoen aan het bepaalde in art. 26 van Richtlijn (EU) 2017/1132 (betreffende herstructurering en insolventie). Curatoren dienen adequaat en deskundig te zijn. Bij hun aanstelling moet erop gelet worden of zij, gezien hun ervaring en deskundigheid, voor de specifieke zaak geschikt zijn. De voorwaarden voor aanstelling en ontslag dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. Schuldenaren en schuldeisers moeten bezwaar kunnen maken tegen de aanstelling of om vervanging kunnen verzoeken. Dat zou dan ook voor de OR moeten gelden.

Voorts dienen de lidstaten te voorzien in voldoende toezicht op curatoren. Doel is te verzekeren dat zij hun werk op doeltreffende en bekwame wijze verrichten en daarbij onafhankelijk en onpartijdig opereren. Verrichten zij hun werk niet behoorlijk, dan moeten er maatregelen genomen kunnen worden om hen ter verantwoording te roepen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan uitsluiting van de lijst van functionarissen die voor benoeming in aanmerking komen of tuchtrechtelijke en/of strafrechtelijke sancties. Eventuele kosten of boetes die het gevolg zijn van het niet juist uitoefenen door de curatoren van hun taken mogen niet ten laste van de boedel komen om de simpele reden dat de schuldenaars en schuldeisers dan gestraft worden voor het feit dat de curator de werkzaamheden niet correct heeft verricht. Informatie over de autoriteiten of organen die toezicht houden dient publiek toegankelijk te zijn.

De richtlijn stelt ook eisen ten aanzien van de regels die gelden voor de vergoeding die functionarissen voor hun werkzaamheden krijgen. Bij het vaststellen van deze regels dient oog te zijn voor het belang van een efficiënte afwikkeling van procedures. Lidstaten moeten voorts voorzien in procedures ter beslechting van eventuele geschillen over vergoeding (art. 27).

Het toezicht van de rechter-commissaris

De vakcentrales hebben in diverse zaken van misbruik van faillissementsaanvraag gesignaleerd dat de rechtbank vaak het oordeel van de rechter-commissaris - waarbij geen misbruik wordt geconstateerd - overneemt, die nauw met de curator samenwerkt; in hoger beroep bij het hof werd dan toch misbruik vastgesteld. Sommige insolventiejuristen achten de rechter-commissaris niet onafhankelijk genoeg ten opzichte van de rechtbank en bepleiten bijvoorbeeld toetsing door een bestuursrechtelijk orgaan of een verplichting van de rechter-commissaris om belanghebbenden te horen. Een verplichting om werknemers en/of hun vakbondsvertegenwoordigers te horen wanneer de beschikking een of werknemers betreft is een goed idee.

De positie van geseceerde aandeelhouders versus concurrente schuldeisers

Dat crediteuren met zekerheidsrechten voorrang hebben boven crediteuren zonder zekerheidsrechten behoeft in zijn algemeenheid geen betoog. In het geval van faillissement is dat echter anders wanneer het gaat om aandeelhouders met zekerheidsrechten (hierna: geseceerde aandeelhouders). Dat vloeit voort uit principes van ondernemingsrecht en corporate governance.

De vakcentrales hebben voor deze problematiek al meermalen aandacht gevraagd, zowel voor als na het in het consultatiedocument genoemde WODC-rapport. Wij verwijzen daarnaar. In het kort nog dit. Aandeelhouders verschaffen als uitgangspunt risicodragend vermogen aan de vennootschap in de vorm van kapitaal. In faillissement staan aandeelhouders achter in de rij en krijgen zij pas iets als de schuldeisers volledig zijn voldaan. Deze achtergestelde positie in faillissement vormt de keerzijde van de rechten van aandeelhouders buiten faillissement. Buiten faillissement zijn de aandeelhouders gerechtigd tot de winsten en hebben zij zeggenschap over de koers van de vennootschap.

Naar Nederlands recht zijn er geen wettelijke grenzen gesteld aan een dubbele positie van aandeelhouders; dubbel in die zin dat de aandeelhouder tevens crediteur is. In diverse andere landen, zoals in Duitsland, Oostenrijk, Spanje, Italië en de Verenigde Staten, zijn wel dergelijke regels opgenomen die onder nadere voorwaarden de leningen, verschaft door aandeelhouders, als kapitaal behandelen.

De dubbele positie van aandeelhouders leidt tot verschillende ongewenste uitkomsten voor (zwakkere) schuldeisers, zoals leveranciers, en aanbetalende consumenten, en in de praktijk ook regelmatig tot excessen, zoals in het geval van V&D en Mc Gregor. De omstandigheid dat de aandeelhouder niet achteraan staat, maar middels zekerheden juist vooraan, leidt er niet enkel toe dat niet betaalde leveranciers en andere schuldeisers moeten constateren dat zij niet voldaan worden, maar ook dat de waarde van hun prestaties in faillissement naar de aandeelhouders vloeit. Indien de aandeelhouder geen zekerheden heeft bedongen, moeten deze schuldeisers de waarde nog immer delen. Dergelijke uitkomsten worden terecht als oneerlijk ervaren.

Die dubbele positie van aandeelhouders is moeilijk te verenigen met de uitgangspunten van het ondernemingsrecht, waarbij de rechten van aandeelhouders juist gerechtvaardigd worden doordat zij middels risicodragend vermogen zouden financieren. Door de dubbele positie lopen de aandeelhouders minder risico's en de leveranciers en andere schuldeisers juist meer.

Het faillissementsrecht dreigt zich door het toelaten van de dubbele positie tegen de belangen van de schuldeisers te keren, wier belangen het faillissementsrecht juist behoort te beschermen. Waar de aandeelhouder van oudsher uitgespeeld was in faillissement, eist deze steeds meer in faillissement een dominante positie op. Zo sterk zelfs dat de curator in toenemende mate niet meer voor schuldeisers optreedt, maar voor de aandeelhouder.

De dubbele positie van aandeelhouders ondergraaft niet enkel de positie van zwakkere schuldeisers zoals leveranciers, aanbetalende consumenten en de fiscus. Ook de wettelijke bescherming van werknemers wordt illusoir. De onderneming gefinancierd door aandeelhouders met zekerheden leidt tot de ongerijmde uitkomst dat de aandeelhouder ook in faillissement de regie behoudt. Een op dergelijke wijze gefinancierde onderneming kan eenvoudig een doorstart maken na faillissement, met achterlating van werknemers. Na het faillissement is er

weliswaar een nieuwe vennootschap, maar zijn de aandeelhouders de facto blijven zitten. De aandeelhouder kan, als hij van overtollig/oud personeel af wil, de vennootschap onvoorbereid en zonder pre-pack failliet laten gaan. Als na twee weken nog geen bevredigende oplossing is gevonden, kan de aandeelhouder immers nog steeds de activa en daarmee de onderneming uit faillissement kopen, dan mogelijk zonder overgang van personeel.

De aandeelhouder kan in faillissement aan zichzelf verkopen, of krijgt op basis van zijn zekerheden zijn gedane investeringen terug. In beide gevallen komt de waarde in de eerste plaats ten goede aan de aandeelhouder, waardoor het faillissement met inherente verliezen voor gewone schuldeisers, ineens een aantrekkelijke optie voor de aandeelhouder wordt.

Met vriendelijke groet,



Zakaria Boufangacha
Vicevoorzitter FNV



Piet Fortuin
Voorzitter CNV