

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming  
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker  
Postbus 20301  
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Atrium | Parnassusweg 737  
NL-1077 DG Amsterdam  
Postbus 94700  
NL-1090 GS Amsterdam

Bankrekening (Stichting Derdengelden)  
Iban: NL31 RABO 0103 3545 49  
Swift/bic: RABONL2U

**M.R. van Zanten**  
Advocaat | Partner  
T +31 20 301 64 14  
F +31 20 301 63 30  
E marc.vanzanten@cms-dsb.com  
I cms.law

**Onze ref. /MZ/MZ**

**Betreft:** Consultatiereactie Novelle WCO I

15 juli 2021

Excellentie,

Naar aanleiding van de publicatie van het concept voorstel Wijziging van de Wet continuïteit ondernemingen I met het oog op de beperking van het toepassingsbereik ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang (“Novelle”) en de Memorie van Toelichting (“MvT”) daarop op 25 mei 2021 zend ik u hierbij mijn bijdrage voor de consultatie.

## **I ACHTERGROND**

In mijn praktijk als insolventieadvocaat en curator bij CMS in Amsterdam (tevens lid van INSOLAD) ben ik vanaf 2012 veel in aanraking gekomen met de “pre-pack methode” als adviseur van ondernemingen en als door de rechtbank aangewezen “beoogd curator” (in de faillissementen van Florimex, april 2013; Advocatenmaatschap Pesman in 2014 en schoenenwinkelketen Van Dalen/Ardenberg Groep in 2015). Daarnaast ben ik in 2018 aangesteld tot curator in het faillissement van het Slotervaartziekenhuis, aan welk faillissement overigens geen stille voorbereidingsfase is voorafgegaan.

---

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Amsterdam. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponereerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam onder nummer 84/2020 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op cms.law en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op [www.cms.law](http://www.cms.law).

CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerpen, Barcelona, Beijing, Belgrado, Berlijn, Bratislava, Bristol, Brussel, Boekarest, Boedapest, Casablanca, Dresden, Düsseldorf, Dubai, Edinburgh, Frankfurt, Genève, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kiev, Keulen, Leipzig, Lissabon, Ljubljana, Londen, Luanda, Luxemburg, Lyon, Madrid, Milaan, Moskou, München, Muscat, Parijs, Poznań, Praag, Rio de Janeiro, Riyadh, Rome, Sarajevo, Sevilla, Shanghai, Sofia, Straatsburg, Stuttgart, Teheran, Tirana, Utrecht, Warschau, Wenen, Zagreb en Zürich.

De Onderzoeksraad voor Veiligheid ("OVV") heeft in zijn rapport naar aanleiding van onder meer het faillissement van het Slotervaartziekenhuis de aanbeveling gedaan dat ieder ziekenhuisfaillissement wordt voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase en dat de curator bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijk belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten laat prevaleren boven de belangen van de schuldeisers.

Ten slotte heb ik de afgelopen jaren onderzoek gedaan naar de pre-pack methode in het kader van mijn promotieonderzoek als buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen, diverse artikelen over de pre-pack methode geschreven en regelmatig colleges en cursussen verzorgd over dit onderwerp.

## **II SAMENVATTING REACTIE**

De Novelle voldoet aan de behoefte van de faillissementspraktijk aan een wettelijke basis voor een in de praktijk al goedwerkende methode voor een zorgvuldige(re) afwikkeling van faillissementen. Daarnaast geeft de Novelle uitvoering aan een, terechte, aanbeveling van de OVV. Door relatief kleine aanpassingen van de WCO I kan, ondanks de lopende procedure bij het Hof van Justitie EU ("HvJ EU") en het aangehouden wetgevingstraject van de Wet overgang van onderneming in faillissement ("WOVOF"), sneller gebruik worden gemaakt van de voordelen van de WCO I bij faillissementen waarin een zorgvuldige(re) afwikkeling leed, schade en maatschappelijke onrust kan voorkomen. De door de OVV beschreven situatie bij het Slotervaartziekenhuis in 2018 geeft aan dat de stille voorbereidingsfase snel moet worden ingevoerd zodat in een eventueel nieuw faillissement van een zorginstelling de door de OVV beschreven risico's kunnen worden voorkomen. Ik heb het als curator van het Slotervaartziekenhuis als een groot probleem ervaren dat er geen gelegenheid was om op een rustige wijze het faillissement van het ziekenhuis voor te bereiden en de overdracht van de patiënten in de hectiek van de afwikkeling van het faillissement en onder hoge tijdsdruk moest worden geregeld. Het is dan ook van belang dat de Novelle zo spoedig mogelijk wordt aangenomen zodat in de praktijk weer gebruik kan worden gemaakt van de voordelen van de pre-pack methode.

Aandacht verdient wel de nadere omschrijving van de maatschappelijke activiteiten waartoe het toepassingsgebied van de WCO I vooralsnog wordt beperkt. Vastlegging in een AMvB dient te worden overwogen zodat het voor alle betrokken partijen duidelijk is of gebruik gemaakt kan worden van de WCO I.

Voor de goede taakvervulling van de curator bij een faillissement van een onderneming met maatschappelijke activiteiten is een aanpassing van art. 68 Fw wenselijk, in die zin dat wordt toegevoegd dat de curator bij het uitoefenen van zijn taak rekening houdt met belangen van maatschappelijke aard en deze, indien dat nodig is om maatschappelijke schade te beperken, ook voorrang verdienen boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Verder verdient de financiering van de behartiging van maatschappelijke belangen aandacht. De financiering moet, afhankelijk van de betreffende soort van maatschappelijke activiteiten, worden verzekerd door het collectief. Een dergelijke financiering is nog niet geregeld. Het ontbreken van financiering kan leiden tot problemen voor de beoogd curator het faillissement op een zorgvuldige wijze voor te bereiden.

Er is geen behoefte aan een verplichting voor de bestuurders van zorginstellingen over te gaan tot het aanvragen van een stille voorbereidingsfase. Op basis van het huidige recht wordt de bestuurder al

voldoende aangespoord om, waar dat nodig is, een stille voorbereidingsfase te verzoeken bij gebreke waarvan de bestuurder persoonlijk aansprakelijk kan zijn.

### **III REACTIE OP NOVELLE**

#### *Gefaseerde invoering WCO I*

De Novelle voorziet in een gefaseerde invoering van de WCO I. Het toepassingsgebied van de WCO I wordt in eerste instantie beperkt tot ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, zoals ziekenhuizen en onderwijsinstellingen. Daartoe wordt het opschrift van de WCO I aangepast, alsmede de artikelen 363 lid 1 Fw en 364 lid 1 Fw. Wanneer de positie van werknemers na een (voorbereide) doorstart na faillissement duidelijk is, en de behandeling van de WOVOF is afgerond, wordt de reikwijdte van de WCO I weer verbreed.<sup>1</sup> Dat laatste is belangrijk en een goed uitgangspunt. De voordelen van een stille voorbereidingsfase van een faillissement beperken zich niet tot faillissementen van ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Ook in andere gevallen kan een zorgvuldige voorbereiding van een faillissement veel schade voorkomen voor de bij het faillissement betrokkenen. Hieronder zal op de voorgestelde wijzigingen van de WCO I worden ingegaan.

#### *Wettelijke basis en uitvoering aanbevelingen OVV*

In afwachting van de uitspraak van het HvJ EU in de Heiploeg zaak, en arbeidsrechtelijke wetgeving die de positie van werknemers bij een doorstart na faillissement regelt, ligt de behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer (helaas) stil. De minister heeft op 25 mei 2021 de novelle van de WCO I ter consultatie gegeven.<sup>2</sup> Hiermee wil de minister uitvoering geven aan de aanbevelingen van de OVV. Met de Novelle wil de minister spoedig een wettelijke basis geven aan de stille voorbereidingsfase, in eerste instantie voor een bijzondere groep ondernemingen. De WCO I kan dan, voordat de WCO I breder van toepassing wordt, een bijdrage leveren aan een zorgvuldige afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang.

Het is voor de praktijk wenselijk dat de stille voorbereiding van een faillissement, nu 5 jaar na het aannemen van de WCO I door de Tweede Kamer, zo spoedig mogelijk wettelijk wordt geregeld. In afwachting van een wettelijke regeling (via WCO I) en als gevolg van de onduidelijkheden die zijn ontstaan door het Smallsteps arrest, is de pre-pack praktijk vrijwel geheel stil komen te vallen. Daardoor heeft de praktijk, anders dan in de jaren 2012-2017 waarin ongeveer 90 faillissementen zijn

---

<sup>1</sup> *MvT*, p. 2.

<sup>2</sup> Wijzigingen van de Wet continuïteit ondernemingen I met het oog op de aanscherping van het toepassingsbereik tot de bevordering van de afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang en de wettelijke verankering van de maatschappelijke taak van de curator, te raadplegen via: <https://www.internetconsultatie.nl>.

voorbereid via een stille voorbereidingsfase<sup>3</sup>, niet kunnen profiteren van de belangrijke voordelen die de stille voorbereiding van een faillissement kan opleveren.

Door het ontbreken van een wettelijke basis werken niet alle rechtbanken in Nederland mee aan de aanwijzing van een beoogd curator. Zo kon het faillissement van MC IJsselmeerziekenhuizen, zo de bestuurders al hadden willen kiezen voor een stille voorbereidingsfase, überhaupt niet worden voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase omdat voor een verzoek daartoe de Rechtbank Midden-Nederland bevoegd was. Deze rechtbank is een van de drie rechtbanken die niet meewerkt aan de aanstelling van een beoogd curator, bij gebrek aan een wettelijke basis. Uit het rapport van de OVV blijkt dat met een stille voorbereidingsfase een zorgvuldigere afhandeling van de zorg voor patiënten had kunnen worden gerealiseerd. Door ontbreken van wetgeving op dit gebied kon een dergelijke voorbereiding sowieso niet plaatsvinden. Dat is, op zijn zachtst gezegd, een gemiste kans geweest voor alle betrokkenen bij de faillissementen van het Slotervaartziekenhuis en MC IJsselmeerziekenhuizen.

Na inwerkingtreding van de Novelle en de WCO I kan bij elke rechtbank (mits het een onderneming betreft met activiteiten die onder het beperkte toepassingsgebied valt) een faillissement op een zorgvuldige(re) wijze worden voorbereid via een stille voorbereidingsfase. Dit is gelijk een van de meest in het oog springende voordelen van de Novelle en hiermee is het grote belang van snelle aanname van dit wetsvoorstel gegeven.

Aangezien verder niets wordt veranderd aan het arbeidsrecht, en regels van Europees recht (met de uitleg van het HvJ EU) bepalen wat de rechtspositie is van werknemers bij een eventuele doorstart na een (via de stille voorbereidingsfase voorbereid) faillissement, zou de voorgestelde wijziging niet op bezwaren hoeven te stuiten vanuit arbeidsrechtelijke hoek.

Om de voordelen van een stille voorbereiding van een faillissement mogelijk te maken, ondanks het stilvallen van het huidige wetgevingstraject van de WCO I, worden door de minister de hierna genoemde wijzigingen van de WCO I voorgesteld.

#### *Wijziging opschrift*

In het opschrift van de wettelijke regeling wordt "ter bevordering van de afwikkeling van faillissementen en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen" vervangen door: "ter bevordering van de afwikkeling van faillissementen van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang".

Na aanpassing van het opschrift zal duidelijk zijn wat het doel is van een stille voorbereidingsfase. Dat is de gecontroleerde afwikkeling van de onderneming en daarmee van de activiteiten van maatschappelijk belang. Daarmee wordt ook duidelijk dat het doel dus niet is: de continuering van (onderdelen van) de onderneming van de schuldenaar.<sup>4</sup> Hiermee wordt een einde gemaakt aan de

---

<sup>3</sup> Zie voor een analyse van de faillissementen die zijn vooraf gegaan door een stille voorbereidingsfase: M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs, M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 48-52.

<sup>4</sup> *MvT*, p. 6.

onduidelijkheid die na het Smallsteps arrest is ontstaan over het doel van de stille voorbereidingsfase en het daaropvolgende faillissement. Door het HvJ EU is in die zaak<sup>5</sup> ten aanzien van het doel van de procedure overwogen dat dit niet de liquidatie van de onderneming betreft. Er kon vervolgens geen uitzondering worden gemaakt op de werknemersbescherming bij de overgang, omdat niet aan de drie cumulatieve vereisten voor die uitzondering werd voldaan.<sup>6</sup> De hier voorgestelde wijziging van het opschrift is ook in lijn met hoe in de MvT van de WCO I destijds werd aangegeven wat het doel is van die wet, namelijk de zorgvuldige voorbereiding van het faillissement ter beperking van schade. Een van de mogelijkheden om dat doel te bereiken betreft een voortzetting van de activiteiten door een derde na verkoop van de activa van de failliet door de curator aan een doorstarter. De wijziging van het opschrift laat er geen twijfel over bestaan dat het doel van de WCO I niet is een voortzetting van de onderneming.

Overnamekandidaten worden door de minister nog wel gewaarschuwd er mee rekening te houden dat werknemers met succes een beroep kunnen doen op de rechten uit de Richtlijn.<sup>7</sup> Naar mijn idee zal zo'n beroep niet (snel) kunnen slagen. Het doel van de procedure is nu eenmaal niet de voortzetting van de onderneming.<sup>8</sup> En bij de behandeling van het verzoek tot aanstelling van een beoogd curator toetst de rechtbank het verzoek in de specifieke zaak aan de in de wet vastgelegde doelstelling van de wet. De doeldiscussie hoeft na toelating door de rechtbank niet meer te worden gevoerd wanneer zorgvuldige afwikkeling het beste kan plaatsvinden via een doorstart. De Novelle verschaft dan ook de gewenste duidelijkheid over het doel van de stille voorbereidingsfase waarmee risico's op een succesvol beroep op de Richtlijn door werknemers bij een eventuele doorstart na een op een stille voorbereidingsfase volgend faillissement niet meer aanwezig zijn. Dat het gebruik van de regeling voor het beschreven doel in sommige gevallen kan leiden tot een voortzetting van de activiteiten door een andere partij (doorstart) doet niets af aan het doel van de regeling. De regeling is niet gericht op de voorbereiding van een voortzetting van de activiteiten.

Met de wijziging van het opschrift wordt overigens ook een eerdere onhandigheid van de wetgever rechtgezet, namelijk van de keuze voor de naam van de WCO I. De naam van de wet, Wet continuïteit ondernemingen I, vormde voor de A-G in de Smallsteps zaak aanleiding op te merken dat de stelling van de Nederlandse regering dat de procedure die tot een pre-pack leidt, gelet op het feit dat zij plaatsvindt in een faillissementsprocedure, gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder eigenaardig is.<sup>9</sup> Ook om die reden is aanpassing van de WCO I en aanpassing van het opschrift een goede ontwikkeling.

---

<sup>5</sup> Overigens ook als gevolg van de naar mijn idee onjuiste wijze waarop de kantonrechter te Lelystad de zaak aan het HvJ EU heeft voorgelegd waardoor het HvJ EU op het verkeerde been is gezet wat betreft het doel van de stille voorbereidingsfase. Inmiddels heeft de Hoge Raad het doel van de stille voorbereidingsfase correct beschreven, zie HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg).

<sup>6</sup> Art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEU 2001, L 82), hierna: "Richtlijn".

<sup>7</sup> MvT, p. 7.

<sup>8</sup> Ik heb eerder gepleit voor een aanpassing van het doel van WCO I via een novelle zodat duidelijkheid hierover bestaat en verdere procedures over het doel zullen kunnen voorkomen, zie: M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs, M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 74.

<sup>9</sup> Conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak FNV/Smallsteps (C 126/16-ECLI:EU:C:2017:241), onder 77, noot 35.

*Aanscherping toepassingsbereik WCO I (art. 363 lid 1 Fw)*

1. Het toepassingsbereik van de WCO I wordt aangescherpt in art. 363 lid 1 Fw. Alleen schuldenaren die activiteiten verrichten van maatschappelijk belang kunnen een verzoek doen aan de rechtbank een beoogd curator aan te wijzen.
2. Meerwaarde wordt geacht aanwezig te zijn wanneer de gecontroleerde voorbereiding van het faillissement kan bijdragen aan een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de schuldenaar waardoor kan worden voorkomen dat de belangen worden geschaad van degenen ten behoeve van wie die activiteiten worden verricht.

De in dit artikel opgenomen open norm geeft de rechter de mogelijkheid aan de hand van de omstandigheden van het geval te bepalen of sprake is van een schuldenaar die activiteiten verricht van maatschappelijk belang. De meerwaarde die aanwezig moet zijn voor de aanwijzing van de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase moet zijn gelegen in een gecontroleerde afwikkeling van het faillissement en daardoor wordt voorkomen dat de belangen worden geschaad van diegenen ten behoeve van wie de activiteiten worden verricht.<sup>10</sup> Bij een ziekenhuis gaat het om de belangen van de patiënten op voortzetting of goede overdracht van de zorg. Bij een onderwijsinstelling gaat het om de belangen van de scholieren en studenten om zonder problemen het studiejaar af te maken.<sup>11</sup>

Deze beperking van het toepassingsgebied van de WCO I is tijdelijk. Zodra het HvJ EU in de Heiploeg zaak de prejudiciële vragen heeft beantwoord zal duidelijkheid bestaan over de gevolgen voor de werknemers van een in een stille voorbereidingsfase voorbereide, en na faillietverklaring geëffectueerde, doorstart. Op dat moment kan ook worden gezien of, en zo ja op welke wijze, het wetgevingstraject van de WOVOF moet worden voortgezet. Gelet op de meerwaarde van de stille voorbereidingsfase, ook voor ondernemingen zonder activiteiten van maatschappelijk belang, is te hopen dat dit middel in de toekomst ook kan worden ingezet voor de zorgvuldige voorbereiding van andere dan in de Novelle voorziene faillissementen.

De Novelle past mijns inziens in de huidige Europese ontwikkeling. Op grond van de Herstructureringsrichtlijn<sup>12</sup> is een verschuiving te zien van het doel van de insolventiewet -en regelgeving. Daar waar eerder vrijwel uitsluitend een bescherming van de verhaalsbelangen van schuldeisers werd geregeld is een verschuiving van de aandacht in deze wetgeving waarneembaar naar rehabilitatie en herstel van de schuldenaar en de continuïteit van zijn bedrijf. Er is meer nadruk op de mogelijkheid van wetgeving voor zakelijke redding in plaats van een procedure die kan worden beschouwd als een terminale procedure voor een onderneming en eindigt in liquidatie.

Daarnaast draagt de Novelle er toe bij dat de praktijk eerder, vooruitlopend op een uitspraak van het HvJ EU in de Heiploeg zaak, gebruik kan maken van de pre-pack methode. In de meest prangende gevallen moet de pre-pack methode ervoor zorgen dat de belangen van een specifieke groep niet ernstig worden geschaad als gevolg van het faillissement. Met open normen voor wat betreft maatschappelijk belang wordt het vrijgelaten aan de praktijk welke ondernemingen hieronder zullen vallen.

---

<sup>10</sup> *MvT*, p. 6.

<sup>11</sup> *MvT*, p. 5-6.

<sup>12</sup> Richtlijn (EU) 2019/1023.

Het nadeel van de keuze voor een open norm is dat er onduidelijkheid kan bestaan bij zowel de verzoeker als de rechtbank over de eventuele toepasselijkheid van de regelgeving voor nu juist de activiteiten van de verzoeker in het specifieke geval. Dit kan dan leiden tot vertraging in de toewijzing van een verzoek of afwijzing daar waar op toewijzing was gerekend. Voor een goed gebruik van de regelgeving in de praktijk moet nu juist voorkomen worden dat onduidelijkheid bestaat over de ondernemingen waarvoor een stille voorbereidingsfase mogelijk is.

Met betrekking tot de soort onderneming die voldoet aan de vereisten van een onderneming die activiteiten verricht van maatschappelijk belang kan bijvoorbeeld worden aangehaakt bij het (concept) wetsvoorstel inzake de besloten vennootschap met maatschappelijk doel ("BVM").<sup>13</sup> Een BVM is verplicht met haar werkzaamheden een in de statuten omschreven doel van maatschappelijk belang na te streven of te bevorderen, zonder dat die doelomschrijving de mogelijkheid tot het doen van uitkeringen van winst of reserves (volledig) uitsluit. In de statuten van een BVM wordt een omschreven voorwerp van werkzaamheid opgenomen die in overeenstemming is met het doel van maatschappelijk belang. Als maatschappelijk belang wordt beschouwd in het kader van deze voorgestelde wettelijke regeling:

- cultuur;
- welzijn;
- onderwijs, wetenschap en onderzoek;
- bescherming van natuur en milieu, daaronder begrepen bevordering van duurzaamheid;
- gezondheidszorg;
- jeugd- en ouderenzorg;
- ontwikkelingssamenwerking;
- dierenwelzijn;
- religie, levensbeschouwing en spiritualiteit;
- de bevordering van de democratische rechtsorde.

Dit vormt een bruikbare lijst, zonder dat sprake moet zijn van een limitatieve opsomming. In de MvT worden ook energieleveranciers, afvalverwerkingsbedrijven en internet- en telefoniebedrijven genoemd.<sup>14</sup> Om de praktijk en de rechtspraak meer duidelijkheid te bieden kan worden gedacht aan het vaststellen bij AMvB voor welke ondernemingen de voorgestelde regeling bedoeld is. Daarmee kan aan de hand van de op dat moment geldende normen worden bepaald voor welke onderneming de regeling moet gelden. Een dergelijke vaststelling bij AMvB zal leiden tot duidelijkheid bij alle partijen over de toepasselijkheid van de regeling.

---

<sup>13</sup> Het concept wetsvoorstel is tot 30 april 2021 in consultatie gegeven.

<sup>14</sup> MvT, p. 6.



Het succes van de regeling hangt uiteraard af van de beschikbare middelen. Als het voor de beoogd curator als gevolg van de regeling duidelijk is dat hij bepaalde belangen van maatschappelijke aard moet laten prevaleren boven belangen van de gezamenlijke schuldeisers, vanwege juist de aard van deze belangen, dan moet voorkomen worden dat de toestand van de boedel vervolgens verhindert dat die belangen op de meest zorgvuldige wijze worden behartigd. Er dient dan ook aandacht te worden besteed aan de financiering van (soms ontoereikende) boedels van ondernemingen met maatschappelijk belang om te voorkomen dat er toch ongelukken gebeuren of risico's ontstaan voor de betrokkenen. Gedacht kan worden aan een (garantie)fonds dat met algemene middelen wordt ingesteld en bijvoorbeeld wordt beheerd door het ministerie van Justitie en Veiligheid waaruit de curator onder voorwaarden een uitkering kan krijgen zodat de behartiging van maatschappelijke belangen ook daadwerkelijk zal kunnen plaatsvinden. Via deze regeling kunnen dan kosten van de curator zelf en door hem te maken kosten om bijvoorbeeld gedurende enige tijd de activiteiten gecontroleerd te kunnen voortzetten zodat deze op een zorgvuldige wijze kunnen worden overgedragen aan een derde. Ook kan worden gedacht aan een garantiefonds per aangewezen branche beheerd door het verantwoordelijke ministerie. Dit onderwerp behoeft nog aandacht van de minister.

#### *Meer aandacht voor maatschappelijke belangen*

Tijdens de afwikkeling van de boedel krijgt de curator te maken met (vaak tegenstrijdige) belangen van verschillende partijen. Er is altijd sprake van schaarste. Het is voor de curator niet mogelijk iedere bij het faillissement betrokkene te geven waarop deze recht heeft. Op basis van vaste jurisprudentie moet de curator bij de beleidsafweging belangen van maatschappelijke aard betrekken.<sup>15</sup> Maar de beleidsafwegingen van de curator mogen geen afbreuk doen aan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>16</sup> Door Verstijlen is betoogd dat de maatschappelijke belangen uitsluitend voor kunnen gaan ten opzichte van de belangen van een individuele schuldeiser en niet ten opzichte van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>17</sup>

De OVV heeft er in zijn rapport op gewezen dat curatoren in de ziekenhuisfaillissementen werden geconfronteerd met een afweging tussen het belang van schuldeisers, zoveel mogelijk uitstaande schuld terugbetaald te krijgen, en het belang van patiënten die een (tijdelijke) voortzetting van zorgactiviteiten in de gefailleerde ziekenhuizen nodig hebben.<sup>18</sup>

Een zorgvuldige voorbereiding van een faillissement of voortzetting van activiteiten kan een maatschappelijk belang dienen. Dat is niet strijdig met het huidige faillissementsrecht waarin immers niet een opdracht aan de curator wordt gegeven om alle activiteiten na faillissement gelijk te beëindigen en de patiënt (lees: de schuldenaar) te laten overlijden als dat voor de gezamenlijke schuldeisers in financiële zin beter is. Deze mag zeker nog een tijdje op de IC in leven gehouden worden als in dat geval sprake is van zorgvuldige(re) afwikkeling van het faillissement en in alle rust

---

<sup>15</sup> HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (*Sigmacom II*).

<sup>16</sup> B. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4221.

<sup>17</sup> F.M.J. Verstijlen, 'De faillissementscurator (diss)', Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 155, zie ook: B. Wessels, *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4223.

<sup>18</sup> Onderzoeksraad voor Veiligheid, 'Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen Risico's voor patiëntveiligheid', p. 10, Den Haag, december 2019.



gezocht kan worden naar een nieuwe dokter. Zo kan veel maatschappelijke schade en persoonlijk leed voor betrokkenen worden voorkomen of beperkt.<sup>19</sup>

De minister stelt dat de schuldenaar of zijn onderneming vaak zijn onderworpen aan bijzondere wet- en regelgeving. De curator moet het faillissement afwickelen in overeenstemming met deze specifieke regelgeving. Hieruit vloeit volgens de minister automatisch voort dat de curator acties zal moeten ondernemen die niet direct in het belang zijn van de schuldeisers, maar zien op de maatschappelijke belangen waar de bijzondere wetgeving betrekking op heeft. Het huidige stelsel komt volgens de minister dan ook al tegemoet aan de aanbeveling van de OVV dat de curator een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten voorop moet kunnen stellen.<sup>20</sup> Toch wringt dit mijns inziens omdat daaraan kosten verbonden zijn die dan in mindering worden gebracht op het actief dat is gerealiseerd ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.

De Novelle bevat geen aanpassing van de Faillissementswet om richting te geven bij een belangenconflict. De reden daarvoor is gelegen in het feit dat de minister van mening is dat het huidige recht al voldoende duidelijkheid geeft voor de belangenafweging van de curator.

De minister verwijst in de MvT op dit punt naar uitspraken van de ABRvS. Recent heeft de Hoge Raad overwogen dat volgens vaste rechtspraak van de ABRvS uit milieuwetgeving voortvloeiende verplichtingen ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting, na de faillietverklaring verplichtingen van de curator zijn in zijn hoedanigheid van beheerder van de boedel en niet van de failliete rechtspersoon. Op grond van deze rechtspraak rust volgens de Hoge Raad op de curator een eigen, zelfstandige verplichting tot naleving van de milieuwetgeving ten aanzien van een tot de boedel behorende inrichting. Indien de curator deze verplichting niet naleeft kunnen aan hem bestuursrechtelijke lasten worden opgelegd. Deze kwalificeren dan als boedelschulden omdat ze een gevolg zijn van een handelen of nalaten van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verplichting.<sup>21</sup>

Hoewel dus duidelijk is dat soms sprake is van boedelschulden, wanneer de curator handelingen moet verrichten die meer in het maatschappelijk belang zijn dan in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, kan dat (zeker bij onvoldoende actief) tot problemen leiden. Dat is door de minister onder ogen gezien. Wanneer geen sprake is van een overname door een derde partij, die dan kan zorgdragen voor betaling van de kosten die het nakomen van handelingen in het maatschappelijk belang met zich brengen<sup>22</sup>, kan volgens de minister van de curator niet worden verlangd dat hij de kosten die bijvoorbeeld samenhangen met het nakomen van verplichtingen voor zorgaanbieders volledig voor rekening laat komen van de boedel en daarmee de schuldeisers. In dat geval zal de curator zich actief moeten inspannen om de nodige financiering rond te krijgen, Hierover kan hij bijvoorbeeld proactief in overleg treden met stakeholders, zoals zorgverzekeraars of gemeenten zodat ervoor kan worden gezorgd dat de zorgactiviteiten veilig (tijdelijk) kunnen worden voortgezet of

---

<sup>19</sup> MvT, p. 5.

<sup>20</sup> MvT, p. 8.

<sup>21</sup> HR 4 juni 2021, ECLI:NL:2021:833.

<sup>22</sup> Wat dan zeker een negatief effect zal hebben op de voor de overname te betalen prijs waardoor de gezamenlijke schuldeisers indirect toch een prijs betalen voor het dienen van deze maatschappelijke belangen.

afgebouwd en bijvoorbeeld de medische dossiers van (oud) cliënten ordentelijk worden overgedragen.<sup>23</sup>

Het onderwerp van betaling voor dat wat nodig is om de maatschappelijke belangen te dienen en daadwerkelijk ervoor te zorgen dat er geen maatschappelijke schade of bijvoorbeeld patiëntonveiligheid ontstaat is essentieel. Dit valt of staat met (externe) financiering. Aangezien sprake is van maatschappelijke belangen zal de curator hiervoor moeten kunnen aankloppen bij diezelfde maatschappij, bij het collectief. Gedacht kan worden aan de zorgverzekeraars, of de lagere of centrale overheid. Geven die niet thuis dan zal in veel faillissementen die kwalificeren voor een stille voorbereidingsfase als geregeld in de Novelle alsnog onrust, schade en bijvoorbeeld patiëntonveiligheid kunnen ontstaan. Zonder de bijbehorende financiële middelen zal het doel van de Novelle niet altijd bereikt kunnen worden. Per sector zal duidelijk worden wie voor noodfinanciering zorgdraagt. Een (aanzet tot een) regeling hiervoor ontbreekt nog in de Novelle. Het instellen van een (garantie)fonds, zoals hiervoor al genoemd, kan een oplossing zijn. De financiering van het behartigen van de betrokkenen bij een onderneming met maatschappelijke activiteiten is nog belangrijker dan de aandacht die de Novelle hiervoor geeft. Zonder de financiering zal onvoldoende geprofiteerd kunnen worden van het goede van de voorgestelde regelgeving en zal de schade bij bepaalde betrokkenen niet worden weggenomen. Uit de brief van de minister voor Medische Zorg en Sport van 19 februari 2021 blijkt dat deze minister de Tweede Kamer aan het einde van dit jaar zal informeren over de stand van zaken met betrekking tot de implementatie van de aanbevelingen van de OVV.<sup>24</sup> Duidelijkheid over een garantie voor de doorlopende verplichtingen bij de voortzetting van de (zorg)activiteiten van bijvoorbeeld een ziekenhuis duurt dus nog enkele maanden.

Zodra de financiering (extern dus buiten de boedel om) wordt geregeld speelt de vraag of het maatschappelijk belang voor het belang van de gezamenlijke crediteuren mag of moet gaan niet meer. De gezamenlijke crediteuren worden dan immers niet geschaad in hun belangen wanneer de curator de maatschappelijke belangen laat prevaleren, daartoe in staat gesteld door gelden die door het collectief zijn verzameld.

Wanneer geen financiering is geregeld zou de praktijk zijn geholpen met een aanpassing van de Faillissementswet in die zin dat duidelijk wordt dat de curator bij het uitoefenen van zijn taak rekening houdt met belangen van maatschappelijke aard en die zo nodig laat prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Een dergelijke bepaling kan worden toegevoegd aan de taakomschrijving van de curator art. 68 lid 1 Fw.

De Novelle legt geen verplichting op de bestuurder van een onderneming met maatschappelijke activiteiten gebruik te maken van de mogelijkheid tot het indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Dit is wel een aanbeveling van de OVV. De minister geeft aan dat een dergelijke verplichting niet nodig is omdat het anticiperen op een dreigend faillissement onderdeel uitmaakt van de taak die op het bestuur rust. Die taak moet de bestuurder zorgvuldig uitvoeren en dat kan met zich

---

<sup>23</sup> *MvT* p. 8-9. In zijn brief van 8 oktober 2020 (p. 1-2) verwijst de minister voor Medische Zorg en Sport naar een collectieve regeling en boedelkrediet waardoor wordt gegarandeerd dat altijd voldoende middelen beschikbaar zijn voor de noodzakelijke zorg.

<sup>24</sup> *Kamerstukken II 2020/21*, 31016, 336.

brengen dat een plan of scenario klaarligt voor het geval de onderneming in financiële problemen geraakt. De zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat de bestuurders in het kader van een behoorlijke taakvervulling de rechtbank om een stille voorbereidingsfase moeten verzoeken om te voorkomen dat de maatschappelijke belangen worden geschaad ten dienste waarvan de onderneming staat.<sup>25</sup> Dit is een juiste constatering. Het niet aanvragen van eigen faillissement of verzoeken om een stille voorbereidingsfase kan onder omstandigheden worden gezien als een schending van de zorgvuldigheidsnorm van de bestuurder van de vennootschap en leiden tot een succesvolle actie uit bestuurdersaansprakelijkheid. Om die reden kan worden afgezien van een wettelijke verplichting tot het indienen van een dergelijke aanvraag. Er is op grond van het huidige recht voldoende stimulans voor bestuurders van bijvoorbeeld ziekenhuizen om bij een dreigend faillissement de rechtbank te verzoeken om een stil voorbereidingstraject onder leiding van een beoogd curator.

#### IV CONCLUSIE

De Novelle geeft duidelijkheid voor de bij het faillissement betrokken partijen. De Novelle voldoet aan een behoefte in de faillissementspraktijk en geeft naar mijn idee voldoende uitvoering aan de aanbevelingen van de OVV. Door de Novelle kan met enkele kleine aanpassingen sneller gebruik worden gemaakt van de voordelen van de WCO I bij faillissementen waarin een zorgvuldige(re) afwikkeling van het faillissement leed, schade en maatschappelijke onrust kan voorkomen. Het is van belang dat de Novelle spoedig wordt aangenomen zodat in de praktijk weer gebruik gemaakt kan worden van de voordelen van de pre-pack methode. Aandacht verdient nog de nadere invulling van de maatschappelijke belangen. Gedacht kan worden aan regeling bij AMvB van de ondernemingen met maatschappelijke activiteiten waarvoor de regeling geldt en een aanvulling van de taakomschrijving van de curator in art. 68 Fw. Verder verdient de financiering van de behartiging van maatschappelijke belangen aandacht. Die moet, afhankelijk van de betreffende soort van maatschappelijke activiteiten, worden verzekerd door het collectief. Een dergelijke financiering is nog niet geregeld waardoor de oplossing voor het gesignaleerde probleem onvoldoende is gewaarborgd.

Het ontbreken van een wettelijke verplichting voor bestuurders gebruik te maken van de regeling levert geen probleem op nu het huidige recht deze bestuurders onder omstandigheden al een dergelijke verplichting geeft.

Met vriendelijke groet,

M.R. van Zanten

---

<sup>25</sup> *MvT*, p. 9.