

## CONSULTATIEREACTIE

### Reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken op het wetsvoorstel Novelle WCO I

Datum: 21 juli 2021

---

#### 1. Inleiding

De NVB onderschrijft de noodzaak om een mogelijk faillissement van een onderneming met activiteiten van maatschappelijk belang geordend te laten verlopen. Het wetsvoorstel voorziet erin dat een dergelijk faillissement kan worden afgewikkeld in het kader van een zgn. pre-pack (stille voorbereiding). In deze reactie gaat de NVB in op het voorstel en de toelichting daarbij. Daarbij gaat de NVB eerst in op het toepassingsgebied van het wetsvoorstel (2). De NVB is van mening dat het toepassingsbereik dient te worden verduidelijkt. De NVB doet daartoe een suggestie (3). Verder gaat de NVB in op de door de toelichting geschetste tegenstelling tussen de belangen van de schuldeisers en de bij de onderneming betrokken maatschappelijke belangen (4), het belang van doorfinanciering gedurende de voorbereidingsfase (5) en de rol van de curator (6). Vervolgens staat de NVB stil bij een suggestie die in de toelichting wordt gedaan, de mogelijkheid dat de onderneming een *living will* maakt (7). De NVB verwacht dat zo'n *living will* een sleutel is om de stille voorbereiding tot een succes te maken. Daarom zou het goed zijn als het niet alleen aan het bestuur van een onderneming waarmee maatschappelijke belangen worden gediend over te laten, of deze onderneming een *living will* maakt. Tot slot beantwoordt de NVB de bij de consultatie gestelde vragen (8).

#### 2. Het toepassingsbereik van het wetsvoorstel is onvoldoende duidelijk

In het wetsvoorstel en de daarbij behorende toelichting wordt voorzien dat een pre-pack kan worden verzocht door een onderneming die "activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend" (art. 363 (nieuw) Fw). Uit de toelichting wordt duidelijk dat niet wordt beoogd om dit begrip nader in te kaderen:

"bijvoorbeeld [kan] worden gedacht aan de zorg, onderwijs, energieleveranciers, afvalverwerkingsbedrijven en internet- en telefoniebedrijven. Ook kan het bijvoorbeeld organisaties van openbaar belang betreffen zoals bedoeld in de Wet toezicht accountantsorganisaties."<sup>1</sup>

Blijkens de toelichting kan het hebben van een onderneming met maatschappelijke belangen inhouden dat deze onderworpen is aan bijzondere wetgeving, maar nodig is dit kennelijk niet.<sup>2</sup> Kijkt men naar de toelichting, dan wordt als rechtvaardiging voor het toepassen van deze regeling op ziekenhuizen het gegeven genomen dat het ongecontroleerd staken van de ondernemersactiviteiten de patiëntveiligheid in gevaar brengt.<sup>3</sup> Met andere woorden, de sleutel wordt gevonden in de potentiële gezondheidsschade die kan worden veroorzaakt. De toelichting vervolgt echter met gevallen waar het niet enkel om de gezondheid of veiligheid van natuurlijke personen gaat, maar waar 'slechts' sprake is gevolgen die 'ontwrichtend' kunnen zijn voor personen. De toelichting noemt in dit kader het faillissement van een school waardoor de eindexamens in gevaar zouden kunnen komen.<sup>4</sup> Daarmee kiest de toelichting voor een zeer ruim toepassingsbereik, waarbij vele verschillende ondernemingen binnen het bereik van de regeling komen te vallen. Gedacht kan worden aan grote supermarkten,

---

<sup>1</sup> MVT, p. 6.

<sup>2</sup> MVT, p. 5 en 7.

<sup>3</sup> MVT, p. 4.

<sup>4</sup> MVT, p. 5.

zwembaden en/of sportvoorzieningen, ondernemingen op het gebied van openbaar vervoer, luchtvaart, kinderopvang, enzovoort.

Het gevolg hiervan is dat bij sommige ondernemingen de betrokkenen niet op voorhand met voldoende zekerheid kunnen vaststellen of de regeling wel of niet van toepassing zal zijn. Die zekerheid kan dan alleen worden verkregen door de gang naar de rechter te maken. Dat is onwenselijk en te laat, omdat daardoor de onzekerheid over de afwikkeling van een mogelijk faillissement wordt verhoogd en er bij een negatieve beslissing van de rechter alleen nog maar een koud (onvoorbereid) faillissement denkbaar is. De onderneming en de daarbij betrokken partijen worden dan gedwongen om op twee paarden te wedden, met alle negatieve gevolgen van dien.

Daarbij geldt dat bankinstellingen uit hoofde van het voorzichtigheidsbeginsel bij hun beslissing om al dan niet financiering te verschaffen en tegen welke voorwaarden, zijn gedwongen om uit te gaan van het minst gunstige scenario. In geval van twijfel over de vraag welke regeling van toepassing is, moeten zij rekening houden met *alle* ongunstige gevolgen van alle mogelijk van toepassing zijnde regelingen, terwijl zij geen rekening mogen houden met de mogelijke positieve effecten van één van beide regelingen, omdat deze door de onduidelijkheid over het toepassingsbereik onzeker zijn. Daarbij moet worden bedacht dat het toepasselijke insolventierecht ook kredietbeslissingen van banken beïnvloedt. Dat betekent dat onduidelijkheid over het toepasselijke insolventierecht niet alleen impact heeft op ondernemingen die in zwaar weer verkeren, maar ook (juist) op ondernemingen die dat niet doen.

### 3. Suggestie: Beperk het toepassingsgebied tot een gesloten lijst van gevallen, of kies een criterium dat minder open is

Met het voorgaande in het achterhoofd pleit de NVB voor verduidelijking van het toepassingsbereik van het wetsvoorstel.

De NVB is primair voorstander van een gesloten lijst van gevallen. Bij het opstellen van een dergelijke lijst kan eenvoudig worden aangesloten op de reeds bestaande bijzondere wetgeving. Daarbij zou zo'n lijst kunnen worden vastgelegd in een AMvB.

Indien de wetgever wenst vast te houden aan een open norm, dan zou die norm in elk geval beperkt kunnen worden tot bepaalde marktsegmenten waar weinig discussie over mogelijk is, zoals de zorg en energie. Zoals hierboven is weergegeven pakt onzekerheid over de toepasselijke regeling uit in het nadeel van twijfelgevallen, ook als deze niet in zwaar weer verkeren. Het ligt daarom voor de hand om te kiezen voor een open norm die enger is dan de voorgestelde norm. In de ogen van de NVB zou bij gebruik van een open norm het toepassingsbereik beperkt moeten blijven tot die gevallen waarbij ofwel (1) sprake is van (ernstige) aantasting van de veiligheid en de persoonlijke gezondheid van mensen, waarbij inderdaad kan worden gedacht aan ziekenhuizen, ofwel (2) sprake is van zeer ernstige maatschappelijke ontwrichting. In dat kader kan mogelijk ook wel het 'too big to fail'-criterium een rol spelen. Daarmee wordt de lat hoger gelegd dan ernstige overlast dat bijvoorbeeld wordt veroorzaakt door het plotselinge faillissement van een onderwijsinstelling, energieleverancier, afvalverwerkingsbedrijf en een internet- en telefoniebedrijven of organisaties van openbaar belang zoals bedoeld in de Wet toezicht accountantsorganisaties. Deze gevallen worden genoemd in de MvT. Naast deze gevallen kan ook nog gedacht worden aan een grote touroperator. Het is zeer de vraag of een faillissement van elk van deze organisaties leidt tot een ernstige maatschappelijke ontwrichting. Dergelijke faillissementen raken potentieel veel mensen en hebben dus daarop impact, maar dat is ook inherent aan insolventies: elk faillissement heeft een grote impact op schuldeisers en werknemers, maar faillissementen zijn in een goed functionerend economisch bestel nu eenmaal onvermijdelijk en dragen ook uiteindelijk bij aan een goede economie. Dat daarbij zich voor bedrijven, leveranciers en anderen vervelende, ongemakkelijke, situaties voordoen is helaas waar, maar onvoldoende reden om daarop zonder meer de norm van "er zijn maatschappelijke belangen mee gediend" van toepassing te verklaren.

Door het hanteren van de norm zeer ernstige maatschappelijke ontwrichting zoals hiervoor genoemd en toegelicht (kort samen te vatten dat is veel meer dan (*zeer*) ongemakkelijk/vervelend) worden ongewenste analogieredeningen voorkomen. De NVB is er dan ook voorstander van om in de MvT een toelichting op te nemen in de hiervoor bedoelde zin.

Het voorgaande wil overigens niet zeggen dat de NVB tegenstander is van toepassing van de voorgestelde regeling op bijvoorbeeld het faillissement van een onderwijsinstelling. De NVB pleit vooral

voor duidelijkheid vóóraf. Deze duidelijkheid wordt ook bereikt door het plaatsen van onderwijsinstellingen of andere gevallen zoals hiervoor genoemd op een door AMvB vastgestelde lijst.<sup>5</sup> Aan dat soort gevallen kunnen ook duidelijke criteria worden verbonden zodat helder is wanneer wel of niet aan de kwalificatie is voldaan.

Indien de wetgever ervoor kiest om wél met een open norm te werken, dan zou de toepassing van deze open norm in elk geval beperkt moeten worden tot gevallen waarin de onderneming in goede tijden een gereguleerde verklaring heeft afgegeven dat zij ervan uitgaat dat zij onder de norm valt. Dat biedt de betrokken partijen in elk geval rechtszekerheid indien deze verklaring niet is afgegeven. Deze verklaring zou pas na bijvoorbeeld zes of twaalf maanden in werking mogen treden, zodat partijen geen schijnzekerheid wordt geboden. Geeft de onderneming de verklaring af, dan wordt de toepassing van de regeling door de rechter getoetst, mocht het tot een faillissement komen.

#### 4. Verhouding maatschappelijke belangen en schuldeisersbelangen – belang van voorspelbaarheid

De toelichting noemt terecht dat het nastreven van maatschappelijke belangen op gespannen voet staat met de primaire rol van de curator, het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst in faillissement.<sup>6</sup> Daarbij koppelt de toelichting de noodzaak om maatschappelijke belangen te laten prevaleren aan bijzondere wetgeving die op de onderneming van de failliet van toepassing is.

De NVB maakt over deze benadering enkele opmerkingen. Ten eerste wordt opgemerkt dat een benadering waarbij de maatschappelijk belangen prevaleren boven de schuldeisersbelangen op gespannen voet staat met de financierbaarheid van ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. De NVB het daarom ook eens met de door de minister voorgestelde opzet, waarbij de curator primair het schuldeisersbelang dient en het nastreven van andere belangen wordt gekoppeld aan de op die gevallen bijzondere wetgeving.

Immers, de op de banken van toepassing zijnde regelgeving<sup>7</sup> dwingt banken om meer kapitaal aan te houden indien voorzienbaar is dat de opbrengst in het faillissement van hun kredietnemer tegenvalt. Daarmee worden de kosten van het verstrekken van financiering aan deze ondernemingen verhoogd. Het laten prevaleren van maatschappelijke belangen boven schuldeisersbelangen wentelt dus niet alleen maatschappelijke belangen op de financiers en schuldeisers van deze ondernemingen af, maar leidt er ook toe dat de financieringskosten van deze ondernemingen stijgen. Daarbij moet worden bedacht dat dit effect zich laat voelen bij *alle* ondernemingen waarbij een tegenvallende opbrengst in faillissement voorspelbaar, althans denkbaar is. Dus het heeft niet alleen effect op de ondernemingen die daadwerkelijk failliet gaan. De ervaring leert dat een faillissement zich slechts in een beperkt aantal gevallen voordoet.

De NVB het daarom eens met de door het wetsvoorstel gekozen benadering die erop neerkomt dat maatschappelijke belangen alleen prevaleren boven schuldeisersbelangen, indien dit volgt uit de bijzondere op de onderneming van de schuldenaar van toepassing zijnde regelgeving. Daarmee wordt in elk geval enige voorspelbaarheid bereikt en wordt voorkomen dat de financieringskosten stijgen van *iedere* onderneming die activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend.

De NVB merkt wel op dat los van de hierboven beschreven economische effecten vraagtekens kunnen en moeten worden geplaatst bij het afwentelen van maatschappelijke kosten op de schuldeisers van een onderneming. Als er een maatschappelijk belang is, waarvan de bescherming vereist dat er kosten moeten worden gemaakt, dan zouden die kosten (voornamelijk) uit publieke middelen moeten worden gedragen. Indien dit niet gebeurt, dan zou dat in elk geval in hoge mate voorspelbaar behoren te zijn en te berusten op specifieke wetgeving.

---

<sup>5</sup> Voor het overige kan wellicht aansluiting worden gezocht bij de door de Nationaal Coördinator Terrorisbestrijding en Veiligheid opgestelde lijst van vitale processen; zie <https://www.nctv.nl/onderwerpen/vitale-infrastructuur/overzicht-vitale-processen>

<sup>6</sup> MVT, p. 8.

<sup>7</sup> Verordening (EU) Nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012.

## 5. Financieringsbehoefte en doorlevering tijdens (de voorbereiding van een) faillissement

De NVB vraagt aandacht voor het gegeven dat tijdens de voorbereiding van een faillissement de onderneming doorgaans nog steeds een financieringsbehoefte heeft. Dat geldt zeker indien de onderneming afhankelijk is van bepaalde partijen om leveranties voort te zetten en werknemers moeten worden betaald. Als aan deze behoefte kan worden voldaan, dan neemt de kans op een geordende afwikkeling van het faillissement toe. Het is dus noodzakelijk om mechanismen in het leven te roepen zodat kan worden voorzien in de financieringsbehoefte van ondernemingen waarvoor een ongecontroleerd faillissement onwenselijk wordt geacht.

De NVB merkt op dat dit wetvoorstel niet de plaats is om een dergelijk mechanisme in het leven toe roepen. Dat moet gebeuren in de bijzondere wetgeving die op de desbetreffende sector van toepassing is. In de ogen van de NVB dient dit wetsvoorstel ertoe om de verantwoordelijke partij (beperkte) tijd te geven om te beslissen of hij wil bijdragen aan de financieringsbehoefte om een onmiddellijk en ongecontroleerd faillissement te voorkomen én om vervolgens de nodige voorbereidingsmaatregelen te treffen om een ordentelijke afwikkeling van het faillissement te bevorderen.

Wel moet worden opgemerkt dat het niet de taak van de schuldeisers is om in deze financieringsbehoefte te voldoen. Dat een dreigend faillissement vereist dat de ondernemingsactiviteiten worden voortgezet is het gevolg van de keuze van de wetgever om bepaalde, maatschappelijk relevante processen privaat te organiseren. Als dat inhoudt dat private partijen risico's op zich zouden moeten nemen die hun belang als private partij te boven gaat, zal dat er slechts toe leiden dat deze partijen zich voordien zullen terugtrekken. En dat kan juist het tegenovergestelde effect van een versneld en ongecontroleerd faillissement bewerkstelligen.

## 6. Rol curator

De NVB vraagt aandacht voor de rol van de beoogd curator tijdens de stille voorbereiding. De NVB verwijst daarbij naar haar eerdere consultatiereactie ter zake van WCO I; zie bijlage. De NVB heeft er tijdens de consultatie ter zake van WCO I voor gepleit dat duidelijk moet zijn dat de curator tijdens de stille voorbereiding zich een rol aanmeet van scheidsrechter en nadrukkelijk niet die van speler of coach van één van de stakeholders in faillissement. Het prematuur nemen van een meer omvattende rol kan leiden tot onduidelijkheid over wie (primair) verantwoordelijk is voor het succes van de uiteindelijke afwikkeling. Duidelijkheid is des te meer gewenst, gezien de bij het faillissement aanwezige belangen.

## 7. Living will

In de toelichting wordt het belang onderstreept van een *living will* voor ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend.<sup>8</sup> De NVB onderschrijft deze opmerking. De NVB meent dat een up-to-date *living will* de ontwrichtende effecten vermindert van het faillissement van een onderneming, zeker als die activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Immers, een van de grootste problemen waarmee een curator heeft te kampen is de informatieachterstand bij aanvang van een faillissement. Deze informatieachterstand zal doorgaans nog groter zijn bij ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, nu deze ondernemingen doorgaans zeer groot en complex zijn.

Een bijkomend effect is dat een *living will* meer inzicht geeft in de wijze van afwikkeling van een concreet faillissement en de daarmee gepaard gaande kosten. Een financier die overweegt over te gaan tot het financieren van een onderneming die activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, kan na bestudering van de *living will* een betere inschatting maken van de risico's die met een mogelijk faillissement zijn gepaard. Dat kan leiden tot het beperken van het hierboven beschreven gevaar van verhoging van financieringskosten.

De NVB merkt op dat de toelichting volstaat met de opmerking dat de zorgplicht van een bestuurder "kan" voortvloeien uit de zorgvuldigheidsnorm voor bestuurders van art. 2:8 BW. In zoverre verandert

---

<sup>8</sup> MVT, p. 9.

het wetsvoorstel dus niets aan de bestaande praktijk, waarvoor art. 2:8 BW ook nu al geldt. De NVB vermoedt – mede op basis van de ervaringen van haar leden in de bijzonder-beheerpraktijk – dat op dit moment een living will – behoudens in sectoren waar deze verplicht is, zoals de bancaire sector – niet dikwijls gemaakt zal zijn en/of up to date wordt gehouden, ongeacht de norm van art. 2:8 BW. De NVB roept daarom ertoe om vast te leggen welke ondernemingen verplicht zijn om een living will op te stellen. Dit zou eenvoudig kunnen worden bereikt door in de specifieke wetgeving die op deze ondernemingen van toepassing is, een dergelijke verplichting op te nemen. In de ogen van de NVB zou het onderhavige wetsvoorstel ook dienen te worden beperkt tot die ondernemingen die verplicht zijn om een living will op te stellen. Als er ondernemingen zijn waar een faillissement dusdanige ontwrichtende gevolgen heeft dat de wetgever oordeelt dat hierop een bijzondere regeling van toepassing moet zijn die leidt tot een afwijkende afwikkeling van het faillissement, dan zou dat ook moeten inhouden dat de ondernemer wordt verplicht om van te voren stil te staan bij de gevolgen van een faillissement en die te mitigeren.

## 8. Beantwoording vragen

Gevraagd wordt om bij de consultatiereactie de volgende vragen te beantwoorden:

1. Biedt artikel 363, eerste lid, de praktijk voldoende duidelijkheid als het gaat om de vraag voor welke ondernemingen de voorgestelde regeling bedoeld is? (de - open - norm is: ondernemingen die “activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend”)
2. Zo niet, op welke wijze zou dit nader geconcretiseerd kunnen worden?
3. Vormt de regelgeving inderdaad voldoende stimulans voor bestuurders van ziekenhuizen om bij een dreigend faillissement de rechtbank te verzoeken om een stil voorbereidingstraject onder leiding van een beoogd curator?
4. Zo niet, ziet u dan redenen voor een wettelijke verplichting of zijn er andere gronden op basis waarvan de regeling op dit punt nader kan worden versterkt?
5. Deelt u de lezing dat het huidige stelsel al tegemoet komt aan de genoemde aanbeveling van de OVV?
6. Zo niet, op welke wijze zou de regeling moeten worden aangepast om aan deze aanbeveling tegemoet te komen?

De NVB heeft deze vragen hierboven reeds beantwoord. Ten behoeve van de leesbaarheid wordt de kern van de beantwoording van de NVB hieronder herhaald.

- **Ad 1 en 2: Toepassingsbereik voldoende helder**

Uit het voorgaande mag worden afgeleid dat de NVB van mening is dat de voorgestelde open norm onvoldoende duidelijkheid biedt. De NVB pleit primair voor het gebruik van een gesloten lijst van gevallen waarop de regeling van toepassing is. Deze lijst zou per AMvB kunnen worden vastgesteld.

- **Ad 3 en 4: De regeling zal de bestuurder stimuleren om een stille voorbereiding te verzoeken. Het wetsvoorstel stimuleert de bestuurder echter niet of te weinig om deze stille voorbereiding ook daadwerkelijk tot een succes te maken**

Het lijkt aannemelijk dat een bestuurder van een ziekenhuis om een stille voorbereiding zal verzoeken, indien faillissement van een ziekenhuis dreigt. De ervaring leert immers dat bestuurders doorgaans zullen proberen om een faillissement te voorkomen of uit te stellen. Het lijkt aannemelijk dat ziekenhuisbestuurders hiervoor ook de stille voorbereiding zullen aangrijpen. Het is echter de vraag of het wetsvoorstel daarmee ook de middelen biedt om de stille voorbereiding daadwerkelijk tot een

succes te maken. De NVB ziet hiervoor een sleutelrol weggelegd voor de living will en pleit ervoor om de verplichting tot het maken van de living will meer handen en voeten te geven.

- **Ad 5 en 6: Het voorstel komt tegemoet aan de aanbeveling van de OVV**

De NVB is van mening dat de voorgestelde regeling tegemoet komt aan de aanbeveling van de OVV. Wel pleit de NVB ervoor om de living will meer handen en voeten te geven.

#### Contactinformatie

Jeroen Rommes  
E rommes@nvb.nl  
I www.nvb.nl

#### Bijlagen

- Consultatiereactie NVB op wetsvoorstel WCO I d.d. 20 januari 2014



CONS40\_3486\_001  
(3).pdf