



VERENIGING
JONGE
INSOLVENTIERECHT
ADVOCATEN.

Per e-mail en via: https://www.internetconsultatie.nl/nouvelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Zijne Excellentie de demissionaire Minister voor Rechtsbescherming

De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker

Vereniging JIRA
p/a Davids Advocaten
Postbus 2046
1000 CA Amsterdam
Nederland
T +31 (0)88 500 4310
F +31 (0)88 500 4333
info@verenigingjira.nl
Onze ref.
Novelle WCO I
Datum
21 juli 2021

Hooggeachte heer Dekker,

Met deze brief reageert de Vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten ("**JIRA**") op het wetsontwerp ter wijziging van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I ("**Novelle WCO I**") dat op 25 mei 2021 in consultatie is gebracht.

Inleidende opmerkingen

JIRA staat positief tegenover de (spoedige) invoering van de WCO I als wettelijke basis voor de stille voorbereidingsfase voorafgaand aan een faillissement. Hoewel de praktijk in de meeste gevallen een oplossing weet te vinden voor de problematiek die ontstaat bij (aanstaande) faillissementen van ondernemingen met een maatschappelijk belang (bijvoorbeeld door in sommige situaties ook zonder wettelijke basis een beoogd curator aan te stellen), is – zonder wettelijke basis – de drempel tot het doen van een verzoek tot het aanstellen van een beoogd curator hoog. Indien sprake is van een wettelijke basis, zullen bestuurders van ondernemingen naar verwachting sneller geneigd zijn een dergelijk verzoek te doen. Daarnaast lijkt er op dit moment door rechtbanken verschillend te worden omgegaan met het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Een wettelijke basis zal meer rechtseenheid met zich brengen en geeft rechtbanken het nodige comfort om een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator (indien gewenst) toe te wijzen.

Met de Novelle WCO I kunnen enkel ondernemingen die 'activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend' verzoeken om een beoogd curator (artikel 363 lid 1 Fw). Hoewel ook andere ondernemingen en belangen bij een stille voorbereidingsfase gediend kunnen zijn, begrijpt JIRA de overwegingen om te starten met de invoering van de Novelle WCO I. JIRA onderschrijft dat de Novelle WCO I een breder toepassingsbereik heeft dan louter zorginstellingen.

JIRA heeft evenwel een aantal inhoudelijke overwegingen die zij graag aan de wetgever meegeeft, welke hieronder in chronologie van de beoogde procedure worden uiteengezet. Aan het slot van deze brief zal JIRA ingaan op de door de wetgever gestelde vragen bij de consultatie van de Novelle WCO I.

Afwegingen voorafgaand aan een verzoek tot stille voorbereidingsfase

JIRA begrijpt dat het doel van de Novelle WCO I is om faillissementen van ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend goed te kunnen voorbereiden, zodat de activiteiten van die ondernemingen gecontroleerd worden afgebouwd en op die manier voorkomen kan worden dat maatschappelijke belangen worden geschaad. Ook de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ("WHOA") voorziet in de mogelijkheid om een onderneming gecontroleerd af te wikkelen, maar dan *buiten* een faillissement door middel van een akkoord. Met de besloten akkoordprocedure biedt de WHOA (ook) de mogelijkheid om in relatieve rust een afwikkeling van de onderneming voor te bereiden.¹ Daarbij geldt als voorwaarde dat een beter resultaat te behalen moet zijn met een afwikkeling door middel van een akkoord dan met een afwikkeling van een onderneming in faillissement.² Volgens JIRA doet een bestuurder van een onderneming die activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend er derhalve verstandig aan om in de fase dat sprake is van financiële moeilijkheden een afweging te maken tussen enerzijds het aanbieden van een akkoord buiten faillissement op grond van de WHOA en anderzijds het indienen van een verzoek om een stille voorbereidingsfase op grond van de Novelle WCO I.

Hoewel beide regelingen op bepaalde punten (wezenlijk) van elkaar verschillen,³ acht JIRA het raadzaam om in de memorie van toelichting bij de Novelle WCO I uiteen te zetten hoe de WHOA en de WCO I zich tot elkaar verhouden. Een concrete vraag die bij JIRA in dat verband rijst is of de WCO I een 'vangnet' kan zijn voor een onderneming die activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, indien het door die onderneming geïnitieerde WHOA-traject niet slaagt?

Voorgaande overwegingen zijn mede relevant in het licht van het volgende. De wetgever maakt in de memorie van toelichting duidelijk dat een bestuurder bij een dreigend faillissement onder omstandigheden verplicht is om zich tot de rechtbank te wenden met het verzoek om een beoogd curator aan te wijzen. Doet hij dat niet, dan zou hij in de woorden van de wetgever handelen in strijd met een zorgvuldigheidsverplichting.⁴ Nu een besloten akkoordprocedure in het kader van de WHOA zich onder omstandigheden naar de mening van JIRA ook goed leent voor de voorbereiding van een gecontroleerde afwikkeling, is JIRA benieuwd hoe voornoemde 'verplichting' zich verhoudt tot de mogelijkheid om een besloten akkoordprocedure te initiëren. Het is immers denkbaar dat een bestuurder van een maatschappelijke onderneming onder omstandigheden voor de besloten akkoordprocedure kiest. Handelt de bestuurder dan in strijd met voornoemde zorgvuldigheidsverplichting? Dat ligt wat JIRA betreft niet voor de hand. Wellicht dat de wetgever mede vanuit dat oogpunt daar een nadere toelichting bij kan geven.

¹ Vgl. artikel 369 lid 6 en lid 9 Fw.

² *Kamerstukken* 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 2, 5 en 23.

³ Bijvoorbeeld: de herstructureringsdeskundige onder de WHOA (voor zover aangesteld) komt andere bevoegdheden toe dan een beoogd curator onder de WCO I. Bovendien geldt dat in het kader van een WHOA-procedure in beginsel geen rechtmatigheidsonderzoek door een curator zal worden verricht (vgl. artikel 68 Fw).

⁴ Memorie van Toelichting bij de Novelle WCO I, p. 9.

Het verzoek tot een stille voorbereidingsfase

Op grond van het voorgestelde artikel 363 Fw kan de *schuldenaar* die activiteiten verricht waarmee maatschappelijk belangen zijn gediend verzoeken tot aanstelling van een beoogd curator. JIRA geeft de wetgever in overweging om de personen of organen die bevoegd zijn om een verzoek tot aanstelling van een beoogd curator bij de rechtbank in te dienen uit te breiden. Immers, de wetgever beoogt met deze regeling de belangen van *stakeholders* van ondernemingen met een maatschappelijk belang te beschermen. Het zou daarom passend zijn als bijvoorbeeld ook andere organen van de vennootschap, zoals de raad van toezicht/commissarissen (een orgaan dat bijvoorbeeld in de zorg (bijna) altijd aanwezig is) en/of de cliëntenraad de bevoegdheid wordt gegeven om onder omstandigheden een verzoek tot aanstelling van een beoogd curator te doen. Bij een niet goed functionerende bestuurder kan dan worden voorkomen dat de *stakeholders* van de desbetreffende onderneming daarvan de dupe worden en kan onnodige maatschappelijke schade worden voorkomen. Een vergelijkbaar systeem bestaat al voor de WHOA: naast de schuldenaar kunnen ook diverse *stakeholders* op grond van artikel 371 Fw bij de rechtbank een verzoek doen tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Mocht de wetgever voor deze mogelijkheid opteren, dan zou het wat JIRA betreft de aanbeveling verdienen om de (bestuurder van de) schuldenaar bij dergelijke verzoeken verplicht te horen, nu de medewerking van de schuldenaar essentieel zal zijn bij een stille voorbereidingsfase.

Daarnaast stelt JIRA voor om de rechtbank een ambtshalve bevoegdheid toe te kennen om – in reactie op een eigen verzoek tot faillietverklaring of een verzoek van een schuldeiser tot faillietverklaring – een schuldenaar in overweging te geven om een verzoek tot aanstelling van een beoogd curator te doen. In vergelijking met de bestaande praktijk bij faillissementsaanvragen van natuurlijke personen – waarbij de desbetreffende natuurlijke persoon door de rechtbank bij brief wordt gewezen op de mogelijkheid om een WSNP-toelatingsverzoek te doen – kan de rechtbank de schuldenaar wijzen op de mogelijkheid om een verzoek tot aanstelling van een beoogd curator te doen. Een vergelijkbare ambtshalve bevoegdheid voor de rechtbank in het kader van de stille voorbereidingsfase kan er naar de mening van JIRA toe leiden dat deze mogelijkheid vaker wordt benut en daarmee onnodige maatschappelijke schade potentieel wordt voorkomen.

Praktische aspecten van een stille voorbereidingsfase

Het doel van een stille voorbereidingsfase voor faillissement is het voorkomen van schade. Daarbij staan de belangen van een *beperkte* groep, namelijk de afnemers van de activiteiten van de schuldenaar, centraal. De kosten voor de stille voorbereidingsfase komen op grond van artikel 367 Fw echter voor rekening van de schuldenaar en derhalve voor rekening van de *gezamenlijke* schuldeisers. JIRA vraagt zich af of dit gerechtvaardigd is. Bovendien is het in het belang van de maatschappij én de groep wiens belangen de Novelle WCO I beoogt te beschermen, dat er voldoende financiering is om deze belangen daadwerkelijk te beschermen. JIRA geeft daarom in overweging om de kosten ter voorkoming van maatschappelijke schade (gedeeltelijk) ten laste van de maatschappij te brengen (in plaats van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar), bijvoorbeeld door middel van een noodfonds. Hoewel er in de praktijk doorgaans een oplossing wordt gevonden voor het ‘kostenplaatje’ en ook de memorie van toelichting hierop aanstuurt door te overwegen dat de curator

zich actief moet inspannen om de nodige financiering rond te krijgen⁵, geeft JIRA er de voorkeur aan dat op voorhand (tot op zekere hoogte) duidelijkheid bestaat over de financiering van de stille voorbereidingsfase.

Op grond van het voorgestelde artikel 363 lid 1 Fw kan de rechtbank ‘een of meer personen aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator’. JIRA geeft de rechtbank in overweging om hierbij niet alleen de curatorenlijst te raadplegen, maar om in specifieke gevallen te overwegen specialisten aan te wijzen met ervaring op het gebied waarin de desbetreffende onderneming opereert. Deze specialist zou tezamen met een curator kunnen worden aangesteld. De schuldenaar kan een faciliterende rol spelen door mogelijke geschikte kandidaten voor te dragen in het verzoekschrift ex artikel 363 Fw. In het belang van een voorspoedige afwikkeling van het faillissement, stelt JIRA voor een dergelijke oproep aan de schuldenaar op te nemen in het procesreglement.

Vragen bij de consulatie van de Novelle WCO I

- 1. Biedt artikel 363, eerste lid, de praktijk voldoende duidelijkheid als het gaat om de vraag voor welke ondernemingen de voorgestelde regeling bedoeld is?*
- 2. Zo niet, op welke wijze zou dit nader geconcretiseerd kunnen worden?*

JIRA meent dat het voldoende duidelijk is voor welke ondernemingen de voorgestelde regeling is bedoeld. De gebezigde omschrijving biedt de rechter voldoende handvatten, maar ook voldoende vrijheid, om deze toets aan te leggen. Een nadere concretisering is derhalve niet noodzakelijk.

- 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?*

De Novelle WCO I biedt volgens JIRA voldoende stimulans voor bestuurders om gebruik te maken van de regeling. Het is JIRA op basis van de memorie van toelichting voldoende duidelijk dat de wetgever met de Novelle WCO I heeft beoogd om voor bestuurders onder bepaalde omstandigheden een verplichting te creëren om in het geval van een dreigend faillissement een stil voorbereidingstraject te starten. Er wordt immers expliciet gesproken over een zorgvuldigheidsverplichting. Het is te verwachten dat een bestuurder zal proberen te voorkomen om te handelen in strijd met een zorgvuldigheidsverplichting.

Het expliciet opnemen van een verplichting in een wettelijke bepaling voor de bestuurder om een stil voorbereidingstraject te starten, past wat JIRA betreft niet in het thans geldende rechtssysteem. Het is wat ons betreft correct dat de wetgever de zorgvuldigheidsverplichting van de bestuurder plaatst in het thans geldende wettelijke kader (vgl. artikel 2:8 BW). Bovendien bestaat er geen vergelijkbare wettelijke verplichting om op een bepaald moment tot verlening van surseance van betaling of faillietverklaring te verzoeken.

⁵ Memorie van Toelichting bij de Novelle WCO I, p. 9.

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 Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) heeft kort weergegeven de aanbeveling gedaan dat wanneer er bij een ziekenhuisfaillissement sprake is van conflicterende belangen, het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten moet prevaleren boven de belangen van de schuldeisers. In de toelichting op de gestelde vragen wordt vermeld dat uit vaste jurisprudentie van de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State volgt dat uit het bestuursrecht voortvloeiende verplichtingen na een faillietverklaring, verplichtingen zijn van de boedel en dat de curator in zijn hoedanigheid van beheerder van de boedel verantwoordelijk is voor de naleving hiervan. Dit brengt volgens de toelichting met zich mee dat de curator er verantwoordelijk voor is dat er goede zorg geleverd blijft worden op grond van de Wkkgz en dat de curator hierop ook aangesproken kan worden door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ). Hierbij kan volgens de toelichting niet van de curator worden verwacht dat hij de kosten die hiermee samenhangen volledig voor rekening laat komen van de schuldeisers, maar wel dat hij zich actief moet inspannen om de hiervoor benodigde financiering rond te krijgen, bijvoorbeeld door hierover met zorgverzekeraars in overleg te treden.

Volgens JIRA is het raadzaam om in het wetsvoorstel te verduidelijken dat in dit type faillissementen – faillissementen van ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend – de maatschappelijke belangen onder omstandigheden kunnen en mogen prevaleren boven de belangen van de *gezamenlijke* schuldeisers (en dus niet enkel boven de belangen van *individuele* schuldeisers). Het huidige stelsel biedt waarschijnlijk voldoende ruimte om maatschappelijke belangen te laten prevaleren, maar om curatoren meer comfort te geven om ook dienovereenkomstig te handelen, geeft JIRA in overweging dit te expliciteren. De daarmee gepaard gaande kosten komen, voor zover het gaat om verplichtingen die op de curator in zijn hoedanigheid rusten, voor rekening van de boedel.⁶ Voor wat betreft de financierbaarheid van dergelijke kosten verwijzen wij graag naar hetgeen is opgemerkt onder 'Praktische aspecten van een stille voorbereidingsfase.'

Tot slot

Gelet op het voorgaande beveelt JIRA de spoedige invoering van de Novelle WCO I, eventueel met enkele van de hiervoor omschreven aanpassingen, van harte aan. JIRA is graag bereid tot het geven van een mondelinge nadere toelichting.

Hoogachtend,

⁶ HR 4 juni 2021, ECLI:NL:HR:2021:833.

Vereniging Jonge Insolventierecht Advocaten (JIRA)

mr. K. de Bruijn (Lid)

mr. J.J. van Ee (Lid)

mr. V.G.M. Leferink (Voorzitter)

mr. M.C.J. Jonckers (Vicevoorzitter)

mr. I.C. Lok (Penningmeester)

mr. M. Barsoum (Secretaris)