

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid

t.a.v. de heer dr. mr. F.B.J. Grapperhaus

Den Haag, 21 juli 2021

dossiernummer: 201236

uw kenmerk: 11820

telefoonnummer: +31 (0)6 23 26 16 64

e-mail: u.bilstra@advocatenorde.nl

Betreft: Wet inzake de wijziging van de Wet continuïteit ondernemingen I

Geachte minister,

Op 25 mei 2021 is de internetconsultatie 'Wet inzake de wijziging van de Wet continuïteit ondernemingen I' gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,
b/a



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

NOVELLE WCO I ADVIES

Aan: *algemene raad*
Van: *wetgevingsadviescommissie insolventierecht*
Datum: 14 juli 2021
Betreft: **NOVELLE WCO I / Wet inzake de wijziging van de Wet continuïteit ondernemingen (Novelle WCO I)**

SAMENVATTING

Conclusie

De wetgevingsadviescommissie insolventierecht (hierna: “**adviescommissie**”)¹ heeft begrip voor de poging van de wetgever om WCO I zodanig aan te passen dat op korte termijn een wettelijk kader wordt gecreëerd voor de voorbereiding van een faillissement met het oog op een gecontroleerde afwikkeling van activiteiten bij een onderneming waarbinnen activiteiten worden verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. In tegenstelling tot WCO I richt de Novelle zich daarbij niet op continuïteit van de onderneming maar op liquidatie (*een gecontroleerde afwikkeling van activiteiten die van groot maatschappelijk belang zijn*).

Bij toelating zal de beoogd curator zijn taak in deze sleutel dienen uit te oefenen. Oftewel: de beoogd curator krijgt een extra c.q. andere taak, gericht op maatschappelijke belangen. Door een aanpassing te maken op deze twee punten (te weten: 1. liquidatie in plaats van continuïteit en 2. alleen voor onderneming met activiteiten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend) wordt de kern van WCO I geraakt. Dit roept de vraag op of de Novelle, hoe goed bedoeld ook, niet als nieuw wetsvoorstel aan de Tweede Kamer zou moeten worden aangeboden in plaats van als een Novelle op het door de Tweede Kamer reeds aangenomen wetsvoorstel WCO I.

Kernpunten

- **Liquidatie**
WCO I is door de Novelle niet langer (ook) gericht op continuïteit van ondernemingen, maar (uitsluitend) op liquidatie van ondernemingen waarbinnen activiteiten worden verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Bij de toepassing van dit nieuwe uitgangspunt staan maatschappelijke belangen voorop in plaats van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (eventueel aangevuld met belangen van maatschappelijke aard). Dit leidt ertoe dat de uitvoering van WCO I compleet anders zal zijn dan initieel beoogd.
- **Taak van de beoogd curator**
De beoogd curator verkrijgt een extra c.q. andere taak, gericht op de behartiging van de hiervoor genoemde maatschappelijke belangen. Dit leidt tot veel onduidelijkheid: hoe dient de beoogd curator deze taak uit te oefenen, hoe verhoudt deze extra taak zich tot de oorspronkelijke wettelijke taak van de beoogd curator en hoe verhoudt deze extra taak zich tot de taak van een curator zodra faillietverklaring heeft plaatsgevonden?
- **Positie werknemers**
Sinds de zaak FNV/Smallsteps wordt de ‘pre-pack methode’ (stille voorbereidingsfase)

¹ De adviescommissie bestaat uit Frauke van der Beek, Marike Boersen, Karen Harmsen, Bert Jansen, Olaf Poorthuis, Robbert Jan van der Weijden en Thijs van Zanten.

nauwelijks meer toegepast in de praktijk. Het is de vraag of de Novelle hierin verandering gaat brengen zo lang over de positie van werknemers bij doorstart na een stille voorbereidingsfase geen volledige duidelijkheid bestaat. Het is vervolgens de vraag wat de meerwaarde is van de Novelle.

- Kosten
De wetgever heeft onvoldoende aandacht voor de lasten/verplichtingen die op de (beoogd) curator worden afgewenteld in het kader van zijn hiervoor genoemde (nieuwe) taakvervulling.

CONSULTATIEREACTIE

Inleiding

WCO I voorziet in een stille voorbereidingsfase voorafgaand aan een faillissement. Al voor het faillissement worden een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aangewezen. Doel van deze regeling is om de schade voor de bij een faillissement betrokken schuldeisers, werknemers en afnemers zo veel mogelijk te beperken. In dat kader wordt ook - ter maximalisatie van de opbrengst - bekeken of een overgang en daarop volgende voortzetting van de onderneming van de schuldenaar (doorstart) mogelijk is. WCO I is op dit moment in behandeling bij de Eerste Kamer.² Deze behandeling is aangehouden in verband met vragen omtrent de positie van werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement.

De Novelle strekt tot aanpassing van WCO I. Er hebben zich volgens de MvT situaties voorgedaan, waarin toepassing van de 'pre-pack methode' vanuit maatschappelijk oogpunt zeer wenselijk zou zijn geweest. Het nut van een stille voorbereidingsfase was in die situaties vooral gelegen in de behoefte om het faillissement voor te bereiden ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de betrokken onderneming. Daarnaast stelt een stille voorbereidingsfase de beoogd curator in de gelegenheid om zich voor te bereiden op het feit dat bij dit type ondernemingen en instellingen vaak specifieke wet- en regelgeving van toepassing is om de kwaliteit en continuïteit te waarborgen van activiteiten die van maatschappelijk belang zijn. Hier vloeit automatisch uit voort dat de beoogd 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.

Reikwijdte

Artikel 363, eerste lid, Fw

Beoogd wordt om met de focus op maatschappelijke belangen het toepassingsbereik te wijzigen, maar punt is dat daarmee de kern van WCO I geraakt wordt. Daar waar maatschappelijke belangen bij de Novelle voorop staan, raken de belangen van de onderneming, de opbrengst en daarmee de belangen van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt aan dat maatschappelijke belang. WCO I kon in de oorspronkelijke vorm worden toegepast indien de stille voorbereiding een meerwaarde had ter beperking van schade voor betrokkenen (lees: alle betrokkenen). De MvT stelt dat de voorgestelde aanpassing beperkt wat onder meerwaarde wordt verstaan. Van meerwaarde is slechts sprake *als een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement een gecontroleerde afwikkeling mogelijk kan maken van de activiteiten van de schuldenaar en daardoor voorkomt dat de belangen worden geschaad van degenen ten behoeve van wie de activiteiten worden verricht*. Dat zijn dus de patiënten in het ziekenhuis of de leerlingen van een onderwijsinstelling, maar dat zijn niet de betrokkenen/de belangen waarop WCO I zag. De adviescommissie vraagt zich af of deze belangenverschuiving niet tot gevolg dient te hebben dat de Novelle als nieuw wetsvoorstel bij de Tweede Kamer dient te worden aangeboden in plaats van als een Novelle op het door de Tweede Kamer al aangenomen wetsvoorstel WCO I.

De adviescommissie staat positief tegenover de keuze van de wetgever om het aan de rechter te laten om invulling te geven aan de vraag wanneer er sprake is van een maatschappelijk belang.

² Kamerstukken I 2015-2016, 34 218, nr. A.

Vaak zal het immers afhangen van de omstandigheden van het geval of activiteiten belangen van maatschappelijke aard dienen.

De adviescommissie ziet voor de praktijk positieve effecten als het gaat om specifieke wet- en regelgeving bij faillissementen waarop de Novelle van toepassing is. De stille voorbereiding geeft de beoogd curator de gelegenheid om daar kennis van te nemen. De adviescommissie vreest echter dat een stille voorbereiding hieraan kan bijdragen, maar dat dit ook geen wondermiddel is. Een stille voorbereidingsfase is qua duur immers vaak beperkt (slechts enkele dagen tot circa één of twee weken). Het is de vraag of de beoogd curator zich het complexe speelveld, met vaak specifieke wet- en regelgeving, in die tijd genoeg eigen zal kunnen maken. Bovendien zal, ook indien na een stille fase het faillissement wordt uitgesproken, dit alsnog negatieve effecten kunnen hebben op de zorg voor patiënten, bijvoorbeeld omdat geen afspraken met een chirurgenaatschap kunnen worden gemaakt. Verder geldt dat bijvoorbeeld discussies in ziekenhuizen met maatschappen van artsen ook niet “getackeld” kunnen worden zonder dat steeds meer partijen worden geïnformeerd over het aanstaande faillissement. Hoe meer partijen op de hoogte zijn, hoe minder stil de voorbereidende fase zal zijn. De adviescommissie vraagt zich dus af wat in de praktijk het netto effect zal zijn van de toepassing van de Novelle.

Artikel 364, eerste lid, Fw

Door de voorgestelde wijziging van artikel 364 Fw komt de focus van de beoogd curator te liggen op de *gecontroleerde afwikkeling van de verrichtingen van de onderneming die activiteiten verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend*, terwijl eerder de focus voor de beoogd curator lag op *de verwezenlijking van de meerwaarde (van de onderneming) en daarmee een hogere opbrengst voor de boedel*. Met deze voorgestelde wetswijziging verkrijgt de (beoogd) curator een extra c.q. andere taak, gericht op maatschappelijke belangen, die strijdig kan zijn met zijn oorspronkelijke wettelijke taak als curator: het handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers bij een zo hoog mogelijke opbrengst tegen zo laag mogelijke kosten kan immers strijdig zijn met een (kostbare) gecontroleerde afwikkeling en het dienen van geldverslindende maatschappelijke belangen.

Hoe moet de beoogd curator daarmee omgaan? De MvT noemt als voorbeelden van ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend een ziekenhuis, een onderwijsinstelling, energieleveranciers, afvalverwerkers, en internet- en telefoniebedrijven. In de optiek van de adviescommissie zou geen schuldeiser er bezwaar tegen hebben gemaakt dat de (acute) zorg voor patiënten in het MC Slotervaart zou prevaleren boven diens belang van crediteur.³ Met een stille voorbereiding van het faillissement kan dan veel maatschappelijke schade en persoonlijk leed voor betrokkenen worden voorkomen. Als schuldeiser van bijvoorbeeld een onderwijsinstelling zou men daar wel eens anders naar kunnen kijken indien een onvoorbereid faillissement tot gevolg heeft dat leerlingen niet langer les krijgen en daarom WCO I/de Novelle wordt toegepast, maar dit juist tot meer (boedel)kosten en een lagere opbrengst voor de schuldeisers leidt.

De MvT vermeldt dat de beoogd curator na de faillietverklaring als beheerder en vereffenaar van de failliete boedel bevoegd is om de afwikkeling ter hand te nemen.⁴ De adviescommissie stelt zich de vraag of dit in de praktijk met elkaar te rijmen valt. Als beoogd curator heeft de (latere) curator zich met name gericht op de maatschappelijke belangen van de schuldenaar. De curator verricht

³ Waarbij ook nog eens geldt dat concurrente crediteuren ook nu vrijwel nooit een uitkering tegemoet kunnen zien.

⁴ MvT, p. 12.

echter zijn taak in de eerste plaats ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, zijn hoedanigheid is die van een gerechtelijke bewindvoerder.⁵ De curator heeft echter ook (nog steeds) belangen van maatschappelijke aard in zijn beleidsafweging te betrekken, zoals continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid.⁶ Dit kan in de praktijk voor grote onduidelijkheid zorgen bij de (beoogd) curator ten aanzien van diens handelen, alsmede bij de crediteuren (leveranciers), werknemers en andere stakeholders. De curator zou bij zijn afweging voor opbrengstmaximalisatie kunnen gaan.

De vraag komt dan op of een curator, die kiest voor het financiële boedelbelang, pro se aansprakelijk is als daarmee maatschappelijke belangen worden geschaad.⁷ Het is de vraag of de Novelle niet doorwerkt in faillissement en daarmee de beleidsvrijheid van de curator beperkt. Anders gezegd: het zou zo kunnen zijn dat de maatschappelijke belangen in faillissement de boventoon blijven voeren.

Uit het rapport van de twee ziekenhuisfaillissementen⁸ volgt dat een stille voorbereidingsfase zeer wenselijk zou zijn geweest vanwege verhoogde risico's voor de patiëntveiligheid. Een stille voorbereiding biedt dan ruimte om diegenen, die gebruik maken van de dienstverlening, onder te brengen bij een andere dienstverlener. Als ander voorbeeld noemt de MvT een onderwijsinstelling waarvoor geldt dat in de regio onvoldoende aanbod van het betreffende onderwijs aanwezig is.⁹ De adviescommissie raadt aan de Novelle hierop nog meer toe te spitsen, bij voorkeur door wettelijk te verankeren dat de beoogd curator maatschappelijke belangen dient te laten prevaleren ook tijdens het latere faillissement zodra een onderneming valt onder het toepassingsbereik van artikel 363, eerste lid, Fw. In dat geval speelt de hiervoor genoemde problematiek van botsing tussen verschillende belangen ook niet meer.

Toepassingsbereik artikel 2:8 BW

De MvT meldt dat de omstandigheden van het geval kunnen vergen van bestuurders dat zij zich tot de rechtbank wenden met het verzoek om een beoogd curator aan te wijzen ter voorbereiding van een dreigend faillissement. Het anticiperen op een dreigend faillissement maakt onderdeel uit van de taak die op het bestuur rust. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders, mede op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in artikel 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan in geval van een dreigend faillissement meebrengen dat de bestuurders in het kader van een behoorlijke taakvervulling de rechtbank om een stille voorbereidingsfase moet verzoeken, om te voorkomen dat de maatschappelijke belangen worden geschaad ten dienste waarvan de onderneming staat.¹⁰ De adviescommissie beveelt aan om een dergelijke verplichting in specifieke wet- en regelgeving te verankeren in plaats van deze op te hangen aan de hiervoor genoemde redelijkheid en billijkheid. De afwikkeling van faillissementen van bijvoorbeeld zorgaanbieders is complex, terwijl de belangen van patiënten bij goede zorg zwaarwegend van aard zijn, waardoor verankering van deze verplichting in specifieke wet- en regelgeving in belangrijke mate kan bijdragen om tot zorgvuldige afwikkeling te kunnen komen.

⁵ HR 4 december 1963, NJ 1964/144.

⁶ HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (Sigmacon II).

⁷ HR 4 oktober 1996, NJ 1997/727 (Maclou en Prouvost).

⁸ Rapport OVV "Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen; risico's voor patiëntveiligheid" d.d. 19 december 2019.

⁹ MvT, p. 5.

¹⁰ MvT, p. 9.

Samenhang met andere wetsvoorstellen

De Eerste kamer heeft WCO I aangehouden.¹¹ Aanleiding was de zaak FNV/Smallsteps.

De WOVOF biedt een regeling die gezien kan worden als een aanvulling op de WCO I. Als de stille voorbereiding van het faillissement er uiteindelijk toe leidt dat na de faillietverklaring een overgang van onderneming plaatsvindt, zorgt de WOVOF ervoor dat de belangen van de werknemers daarbij geborgd zijn.

De Novelle dient beperkte toepassing van een stille voorbereiding mogelijk te maken. In beginsel gaat de Novelle ervan uit dat het faillissement gericht is op een afwikkeling van de onderneming. In voorkomend geval zou de schade voor stakeholders beperkt kunnen worden door middel van een doorstart. De adviescommissie is van mening dat men in dat geval terugvalt op hoe het nu in de praktijk is met alle onzekerheid van dien – dat alsnog sprake is van overgang van onderneming – in geval bij de doorstart na een stille voorbereidingsfase aan bepaalde werknemers geen arbeidsovereenkomst wordt aangeboden. Wat als de beoogd curator, in de stille voorbereidingsfase, tot de conclusie komt dat een doorstart mogelijk en wenselijk is, daarbij mede gelet op de belangen van maatschappelijke aard, maar niet alle werknemers kunnen worden overgenomen? Zo lang nog geen duidelijkheid is over de rechtspositie van werknemers aan wie geen arbeidsovereenkomst wordt aangeboden is dit een groot knelpunt met de directe vraag tot gevolg wat dan nog de meerwaarde is van de Novelle. Dit geldt te meer nu de ‘pre-pack methode’ nauwelijks meer wordt toegepast in de praktijk sinds de zaak FNV/Smallsteps.

(Boedel)kosten

De verplichte naleving van de specifieke wet- en regelgeving door de curator, zoals bijvoorbeeld met betrekking tot medische dossiers, leidt tot kosten en zal in de regel spanning opleveren met de primaire taak van de curator, het in het belang van de schuldeisers een zo hoog mogelijk opbrengst realiseren bij de vereffening van de boedel (en dit tegen zo laag mogelijke kosten). Dit wordt in de MvT ook erkend.¹² In de MvT wordt vervolgens in de optiek van de adviescommissie ten onrechte de conclusie getrokken dat in het geval van een (gedeeltelijke) overname van de activiteiten van een gefailleerde zorgaanbieder, de kosten deel uit zullen maken van de afspraken tussen de curator en de overnemende partij. Dat is geen op voorhand vaststaand gegeven. Dit zal afhangen van de feiten en omstandigheden van het geval.

Vervolgens staat in de MvT dat wanneer geen sprake is van een (gedeeltelijke) overname, van de curator kan worden verlangd dat hij de kosten, die samenhangen met het nakomen van verplichtingen voor zorgaanbieders, volledig (?) voor rekening laat komen van de boedel en daarmee de schuldeisers. Ook wordt opgemerkt dat de (beoogd) curator zich actief moet

¹¹ De Eerste Kamer heeft, zoals hiervoor aangegeven, de behandeling van de WCO I aangehouden in verband met vragen omtrent de positie van werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement. Aanleiding hiervoor was de zaak FNV/Smallsteps, waarin het HvJEU zich heeft uitgesproken over de vraag of werknemers in zo'n geval een beroep kunnen doen op de beschermingsregels uit de richtlijn. Deze beschermingsregels bepalen dat: 1) werknemers zich bij een overgang van een onderneming kunnen beroepen op behoud van hun baan en bijbehorende arbeidsvoorwaarden, 2) dat de overgang zelf geen reden kan zijn voor ontslag, maar dat ontslag vanwege economische, technische of organisatorische redenen wel is toegestaan, en 3) dat werknemers over de overgang geïnformeerd en hun vertegenwoordigers geraadpleegd moeten worden. Met andere woorden, als uitgangspunt geldt bij een overgang van onderneming dat alle werknemers met behoud van hun arbeidsvoorwaarden moeten worden overgenomen. In artikel 7:666 van het Burgerlijk Wetboek (BW) is nu bepaald dat de genoemde beschermingsregels niet van toepassing zijn in faillissement. Deze uitzonderingsregel sluit aan bij artikel 5 lid 1 van de richtlijn waarin is bepaald dat als de overgang van onderneming plaatsvindt terwijl "de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort" deze beschermingsregels niet gelden.

¹² MvT p. 8.

inspannen om de nodige financiering rond te krijgen, bijvoorbeeld door hierover proactief met stakeholders (zorgverzekeraars of gemeenten) te overleggen. Daarmee krijgt de (beoogd) curator er ogenschijnlijk weer een taak/verplichting bij, waarbij het de vraag is wanneer de (beoogd) curator daaraan dan heeft voldaan.

De adviescommissie ziet op dit punt een rol weggelegd voor de wetgever om juist aan “stakeholders” met financiële middelen de verplichting op te leggen om medewerking te verlenen en verplicht geld ter beschikking te stellen, zodat de (beoogd) curator geen kosten maakt om financiering voor elkaar te boksen maar vooral om de maatschappelijke belangen, die in de Novelle centraal staan, te beschermen/waarborgen. Er zijn legio praktijkvoorbeelden waarbij juist verzekeraars en vooral gemeentes (die overigens vaak zelf een begrotingstekort hebben en niet zelden op de rand van een faillissement balanceren) niet bereid zijn om financieel bij te dragen. In alle gevallen lijkt het wat wrang dat de (beoogd) curator een verplichting opgelegd krijgt, waarvoor hij vervolgens geen boedel blijkt te hebben, en dan maar zelf de markt af moet struinen om financiële middelen op te halen.

In dit verband dient er ook bij te worden stilgestaan dat de reikwijdte van de Novelle veel verder strekt en ziet op alle ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. De MvT stelt dat de beoogd curator zich kan “*voorbereiden op dergelijke verplichtingen*”. Hoewel de adviescommissie vertrouwen heeft in het kunnen van Nederlandse (beoogd) curatoren, geldt ten aanzien van deze opmerking dat die wat lichtvaardig wordt gemaakt. In wezen lijkt de Novelle te worden opgehangen aan het rapport van de twee ziekenhuisfaillissementen, waarbij er middelen zijn en kapitaalcrachtige verzekeraars. Er lijkt te weinig notie te zijn van welke andere situaties denkbaar zijn waarin de Novelle toepasbaar is, dat er ook specifieke wet- en regelgeving geldt, de curator dus wordt opgezadeld met allerlei verplichtingen, maar er voor de beoogd curator absoluut geen middelen/mogelijkheden zijn om daaraan te voldoen.

Zoals opgemerkt, staat de stille voorbereidingsfase in het teken van een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de onderneming in faillissement. De taak van de beoogd curator komt volgens de MvT in die sleutel te staan. De adviescommissie is van mening dat in die sleutel ook past dat wanneer zich de situatie voordoet dat er geen middelen beschikbaar zijn, of pas op een later moment, de beoogd curator kan terugvallen op een financiële regeling, een fonds of iets dergelijks die voorfinanciert of de kosten volledig draagt.

Administratieve lasten/verplichtingen

De MvT rekent voor wat de naar schatting 20 gevallen per jaar, waarbij de Novelle wordt toegepast, samen gaan kosten. De conclusie wordt getrokken dat dit zo'n 624 euro is. Kortom, zo luidt de MvT, dit wetsvoorstel heeft naar verwachting geen financiële gevolgen voor de rechtspraak.

De adviescommissie merkt op – mede in het licht van wat hiervoor is gezegd over de boedelkosten – dat de MvT onvoldoende aandacht heeft voor de lasten/verplichtingen die op de (beoogd) curator worden afgewenteld. In wezen lijkt de (beoogd) curator zich – plat gezegd – “*maar te moeten redden*”, het maar bij de stakeholders te moeten halen. Of bij de doorstarter, terwijl die doorstarter op dit moment al alle rechten en verplichten voor werknemers voor zijn rekening krijgt.

Noodzaak novelle?

De adviescommissie stelt zich de vraag of deze novelle noodzakelijk is. In de praktijk werd er altijd wel een oplossing gevonden. De vraag is of de novelle voor de praktijk niet juist veel vragen

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

oproept en dan wellicht meer kwaad dan goed doet - zulks in weerwil van de goede intenties die eraan ten grondslag liggen.