

INSOLAD
p/a Noordzijdseweg 183
3415 RC POLSBROEK

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

Den Haag, 21 juli 2021

Betreft: Consultatiereactie Novelle WCO I

Excellentie,

De vereniging Insolventierecht Advocaten ("**INSOLAD**") is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Verder houdt INSOLAD zich actief bezig met informatie over en de totstandkoming van wet- en regelgeving op dit gebied. In dit kader heeft een aantal van haar leden zich gebogen over het voorontwerp van de 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 (de "**Novelle**") en biedt zij hierbij haar consultatiereactie aan.

1. Samenvatting

Na een algemene beschrijving van de voorgestelde wet (§2), wordt in § 3 van deze consultatiereactie ingegaan op de betrokkenheid van een beoogd curator voorafgaand aan een faillissement. Volgens INSOLAD kan de betrokkenheid van een beoogd curator leiden tot positieve effecten op de afwikkeling van een faillissement en kan schade als gevolg van een abrupte faillietverklaring door een stille voorbereiding worden beperkt. Juist vanwege deze positieve effecten is het gunstig dat niet wordt gewacht op de beantwoording van de

prejudiciële vragen omtrent de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming, die aan het HvJEU in de zaak Heiploeg zijn gesteld. INSOLAD verwelkomt daarom de voorgestelde regeling.

Desondanks plaatst INSOLAD enkele kanttekeningen bij de Novelle, allereerst vanwege de beperking van het toepassingsbereik van de Wet continuïteit ondernemingen I (§4). INSOLAD voorziet dat door deze nieuwe regeling de (thans nog voor toepassing mogelijke) pre-packprocedure (verder) in onbruik zal raken, vanwege het signaal dat met deze nieuwe regeling door de wetgever wordt afgegeven. Dit signaal houdt in dat de stille voorbereiding slechts is bedoeld voor ondernemingen met activiteiten waarmee een maatschappelijk belang is gediend en slechts ziet op de voorbereiding van een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming. Slecht valt in te zien waarom de kring van ondernemingen daartoe wordt beperkt. Volgens INSOLAD zou duidelijk moeten worden gesteld dat de stille voorbereidingsfase ook mogelijk moet zijn voor alle faillissementen waar voorbereiding ter voorkoming van (maatschappelijke) onrust en/of beperking van extra schade wenselijk kan worden geacht. Immers, ieder faillissement kan bij een stille voorbereiding zijn gebaat. Daarnaast is onduidelijk waarom er geen plaats is voor een voorbereiding van een doorstart in faillissement, zij het met inachtneming van de regels omtrent overgang van onderneming en waarborging van de belangen van de werknemers. Tenslotte verzetten deze regels noch het Smallsteps-arrest zich daartegen.

Ten tweede wordt opgemerkt dat het voorgestelde toepassingsbereik leidt tot discussie over wat valt te verstaan onder 'maatschappelijk belang'. Hoewel ten dele bewust is gekozen voor een open norm, is het – als er niet voor wordt gekozen om de regeling verder open te stellen dan enkel bij ondernemingen met activiteiten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend – aan te bevelen meer concrete handvatten te bieden voor de toets of een onderneming activiteiten ontplooit van maatschappelijk belang.

Ten derde houdt dit voorstel, in de visie van INSOLAD, een doorkruising in van grondbeginselen van het faillissementsrecht, meer specifiek van de huidige taak van de curator. Het voorstel draagt de (beoogd) curator namelijk op voorrang te geven aan de belangen van de afnemers van bedrijfsactiviteiten waarmee een maatschappelijk belang is gediend. De bestaande taakbeschrijving van de curator vergt reeds dat in bepaalde gevallen rekening wordt gehouden met maatschappelijke belangen ten koste van crediteuren. De

Novelle beoogt dus iets te regelen wat al is vervat in de taak van de curator, terwijl ondertussen de beleidsvrijheid van de curator wordt beperkt. Dit is nader toegelicht in § 6.

Een derde kanttekening is dat INSOLAD een moeilijkheid voorziet voor de curator in het effectueren van zijn (nieuw opgedragen) taak (§7). De curator is volgens de Novelle de aangewezen persoon om financiering te regelen voor een (tijdelijke) voortzetting van de onderneming. Het is aan te bevelen dat de curator een steviger positie krijgt om medewerking af te dwingen van potentiële financiers. De curator zou anders een taak en verantwoordelijkheid krijgen toebedeeld die hij maar moeilijk zal kunnen effectueren.

In § 8 wordt (kort) stilgestaan bij de noodzaak tot verduidelijking van de mogelijkheid dat sprake is van botsende maatschappelijke belangen, en wordt in paragraaf 9 de consultatievraag – of de voorgestelde regeling voldoende stimulans voor bestuurders vormt om bij een dreigend faillissement om een stil voorbereidingstraject te verzoeken – bevestigend beantwoord. Ten slotte volgt een aanbeveling om de Novelle aan te passen (§10).

2. Algemeen

De Novelle beoogt een wijziging van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (“**WCO I**”). De WCO I voorziet in een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde ‘pre-pack methode’ ofwel ‘stille voorbereidingsfase’. De toepassing van de stille voorbereidingsfase is op een enkele uitzondering na in onbruik geraakt, vanwege de onzekerheid die het Smallsteps-arrest¹ van het Hof van Justitie van de Europese Unie (“**HvJEU**”) met zich heeft gebracht.

In *Smallsteps* is door het HvJEU bepaald dat de uitzondering op de overgang van onderneming slechts van toepassing is als is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden: 1) de verkopende partij is ten tijde van de overgang van onderneming verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke insolventieprocedure, 2) deze procedure is ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren (en niet om de onderneming te kunnen continueren), en 3) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.²

¹ HvJEU 22 juni 2017, ECLI:EU:2017:489 (*Smallsteps*).

² HvJEU *Smallsteps*, r.o. 45, 47 en 53.

Ook de behandeling van de WCO I heeft (mede) door dit arrest vertraging opgelopen; de Eerste Kamer heeft de behandeling van deze wet aangehouden. Desondanks bestaat in de praktijk (onverminderd) behoefte aan een mogelijkheid om ingewikkelde faillissementen (reeds vóór faillissement) voor te bereiden. Deze Novelle voorziet daarin, in die zin dat een wettelijke basis wordt gecreëerd voor de aanstelling van een beoogd curator die een gecontroleerde afwikkeling van ondernemingen met een maatschappelijk belang kan voorbereiden (de “**stille voorbereiding**”). INSOLAD verwelkomt de introductie van dit wetsontwerp, maar wenst hierbij enkele kanttekeningen te plaatsen.

3. Betrokkenheid beoogd curator

Vooropgesteld is INSOLAD van mening dat het goed is dat een regeling wordt ingevoerd die het mogelijk maakt dat ingewikkelde faillissementen reeds vóór faillissement door een (beoogd) curator kunnen worden voorbereid. De ervaring leert dat de aanstelling van een beoogd curator om in een stille fase het faillissement voor te bereiden onrust en (maatschappelijke) schade kan beperken. Het eigenlijke doel van een pre-packprocedure was de voorbereiding van een doorstart, maar in de praktijk is de voorbereiding van het faillissement in relatieve rust, dat wil zeggen los van een eventuele doorstart, minstens zo belangrijk gebleken. Het faillissement van het MC Slotervaart is een voorbeeld van een situatie waarin een stille voorbereidingsfase node is gemist. Daarbij kenden slechts acht van de elf rechtbanken een bestendige toepassing van deze buitenwettelijke procedure.³ Ondernemingen gevestigd in een arrondissement waarin geen pre-packpraktijk bestond bleven daarmee verstoken van de mogelijkheid tot het benoemen van een beoogd curator.

Na het Smallsteps-arrest is in de faillissementspraktijk, bij zowel rechtbanken als (bestuurders en adviseurs van) ondernemingen, koudwatervrees ontstaan voor de toepassing van de pre-packprocedure. Vrees die verband houdt met de regelgeving omtrent de positie van werknemers bij een overgang van onderneming en die ertoe heeft geleid dat de pre-packprocedure nadien nauwelijks nog is toegepast. Het antwoord op de vraag of deze vrees terecht is, kan in het midden blijven. Immers, de Novelle beoogt niet te regelen dat een

³ Hoewel in uitzonderlijke gevallen toch toegepast, bestond een dergelijke praktijk niet in de arrondissementen Limburg, Midden-Nederland en Overijssel.

beoogd curator kan worden aangesteld in overgang-van-onderneming situaties. Slechts ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van een onderneming kan, wanneer de Novelle tot wet wordt, een beoogd curator worden aangesteld.

Een voorbeeld van een uitzondering op voornoemde terughoudendheid na *Smallsteps* betrof het faillissement van SecurCash Nederland B.V. ("**SecurCash**") in januari 2019. In aanvulling op de in de memorie van toelichting bij de Novelle ("**MvT Novelle WCO I**") genoemde voorbeelden⁴, illustreert dit faillissement de meerwaarde van de aanstelling van een beoogd curator voorafgaand aan een faillissement. De bedrijfsactiviteiten van SecurCash hadden een belangrijke maatschappelijke functie: het verzorgen van geldtransporten voor en vullen en leeghalen van geldautomaten van de grote Nederlandse banken. Hoewel een doorstart in faillissement niet mogelijk bleek, is door de aanstelling van beoogd curatoren circa vier weken voor faillissement, mogelijke 'chartale chaos' voorkomen. De beoogd curatoren konden financiële en organisatorische voorbereidingen treffen, waardoor maatschappelijk belangrijke dienstverlening kon worden voortgezet door de boedel, met financiering van vier banken. Tevens kon de boedel afspraken maken met klanten en leveranciers. Relevante partijen, zoals De Nederlandsche Bank, de ondernemingsraad, het personeel en UWV, konden worden betrokken in de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming.⁵

De Novelle biedt een bepaalde mate van zekerheid en duidelijkheid omtrent de toepassing van de pre-packprocedure en beoogt een beperkt toepassingsbereik. Hoewel niet langer gericht op de voorbereiding van een doorstart van de onderneming vanuit faillissement, geeft de Novelle de wettelijke grondslag voor de aanstelling van een beoogd curator die zich vóór de faillietverklaring op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en de nodige voorbereidingen treft zodat de onderneming 'gecontroleerd' faillieert en een gecontroleerde afwikkeling zoveel als mogelijk wordt geborgd. In de eerste plaats wordt het daarmee ook in de arrondissementen die voorheen geen bestendige pre-packpraktijk kenden mogelijk een beoogd curator aan te stellen. Daarnaast neemt de Novelle de koudwatervrees weg voor de aanstelling van een beoogd curator, omdat het doel van de procedure daarmee in lijn komt met de uitzondering zoals geformuleerd in het *Smallsteps*-arrest.

⁴ MvT Novelle WCO I, p. 2, zoals aangeboden via: internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i. Echter, in tegenstelling tot de aldaar genoemde ziekenhuisfaillissementen, is in het geval van SecurCash wél verzocht om aanstelling van een beoogd curator en zijn ook daadwerkelijk twee beoogd curatoren aangesteld.

⁵ Een en ander blijktens het openbaar faillissementsverslag SecurCash d.d. 8 februari 2019.

Het vorenstaande leidt ertoe dat er geen twijfel meer bestaat dat, in de gevallen die de Novelle beslaat, ondernemingen gebruik kunnen maken van de stille voorbereiding van een faillissement. De beoogde regeling is in dat licht en omwille van de geschetste meerwaarde een wenselijke en goede aanvulling op de Faillissementswet.

4. Het beperkte toepassingsbereik

Ondanks voornoemde te verwachten positieve effecten, brengt de Novelle naar het oordeel van INSOLAD ook enkele onwenselijke gevolgen met zich. Dit hangt samen met de beperking van het toepassingsbereik van WCO I. Dit lichten wij hieronder toe.

Zoals aangegeven, ziet de nieuwe regeling slechts op bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang, terwijl WCO I oorspronkelijk was bedoeld voor iedere onderneming, dat wil zeggen ongeacht de maatschappelijke functie van de activiteiten. Daarnaast is vereist dat toepassing van de regeling een dusdanige meerwaarde moet hebben, dat deze opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt. Van dergelijke meerwaarde is volgens de Novelle slechts sprake als een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de schuldenaar mogelijk kan maken en daardoor voorkomt dat de belangen worden geschaad van degenen ten behoeve van wie de activiteiten worden verricht – kort gezegd: de afnemers van die onderneming.⁶

Allereerst leidt deze beperking van het toepassingsbereik ertoe dat ook de (bij acht van de elf rechtbanken) bestaande praktijk tot het aanstellen van een beoogd curator mogelijk wordt beperkt. De Novelle beoogt slechts toepassing van WCO I bij een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming. Gesteld wordt dat dit voortkomt uit hetgeen is bepaald in het Smallsteps-arrest en de daarmee gepaard gaande onzekerheid.

Slecht valt in te zien waarom i) de kring van ondernemingen wordt beperkt tot slechts de ondernemingen met een maatschappelijk belang ter voorkoming van het schade van belangen van de afnemers, en ii) geen plaats is voor een voorbereiding van een doorstart in faillissement

⁶ MvT Novelle WCO I, p. 6.

met inachtneming van de regels omtrent overgang van onderneming en waarborging van de belangen van de werknemers.

Ten aanzien van i) geldt het volgende. Tot dusver was het in *iedere* situatie mogelijk om aanstelling van een beoogd curator te verzoeken, ook wanneer een onderneming geen activiteiten van maatschappelijk belang ontplooit en ook waarbij niet enkel schade voor de afnemers valt te vrezen. Zo is de stille voorbereiding van enkele dagen ook reeds toegepast bij een aantal MKB-ondernemingen, met als gevolg dat het afbreukrisico van een abrupt faillissement grotendeels werd ondervangen. Wanneer de Novelle door de wetgever wordt aangenomen, geeft dit het signaal dat toegang tot stille voorbereiding wordt beperkt tot de situatie waarin een onderneming activiteiten van maatschappelijk belang ontplooit en waar toepassing meerwaarde heeft in het belang van *de afnemers* van die onderneming.

Het enkele argument daarvoor dat vanwege de bijzondere wet- en regelgeving die van toepassing is op de aangehaalde sectoren, de (beoogd) curator in die gevallen de gelegenheid moet krijgen zich op een faillissement voor te bereiden, lijkt INSOLAD onvoldoende. Mogelijk vereisen dergelijke faillissementen inderdaad een andere aanpak, maar goede redenen bestaan om ook 'reguliere' faillissementen voor te bereiden, bijvoorbeeld gelet op de grootte en complexiteit van de onderneming en de acute gevolgen die een plotseling faillissement kan hebben. Als voorbeeld kunnen worden genoemd situaties waarbij de activiteiten bestaan uit handel in bederfelijke waar of levende have, of wanneer milieuomstandigheden een rol spelen. Denk bijvoorbeeld aan het faillissement van een staalproducent, waarbij in het productieproces grote hoeveelheden chemisch afval ontstaan. Een plotseling faillissement zou kunnen leiden tot een milieuramp met niet enkel schade voor de afnemers. Ook de al eerder aangehaalde SecurCash-zaak is een voorbeeld van waar het niet enkel om schade van afnemers (banken) ging, maar waar bij het plat komen te liggen van het (chartale) betalingsverkeer schade voor veel meer partijen zou zijn opgetreden en wat bovendien zou hebben kunnen leiden tot grote maatschappelijke onrust. Een stille voorbereiding is in dat geval in het algemene maatschappelijke belang, niet (alleen) in het belang van de afnemers. Het is volgens INSOLAD wenselijk dat in elk geval ook in dergelijke gevallen de aanstelling van een beoogd curator kan worden verzocht. De huidige wettekst voorziet hier niet in.

Met betrekking tot ii) wordt gewezen op de (voorbereidingen voor de) Wet onderneming in faillissement ("**WOVOF**"), waarvan de behandeling is aangehouden hangende de prejudiciële

vragen die door de Hoge Raad zijn gesteld aan het HvJEU inzake *Heiploeg*.⁷ De gevallen die buiten het bestek van de Novelle en WCO I komen te vallen, worden op een later moment alsnog meegenomen in de WOVOF. In de Novelle zijn derhalve de specifieke gevallen geregeld die niet kunnen wachten op een nadere regeling omtrent de positie van werknemers. Juist vanwege de genoemde positieve effecten van een stille voorbereiding is het gunstig dat niet wordt gewacht op een oordeel van het HvJEU inzake *Heiploeg*. Het nadeel is echter dat – in de tussenliggende periode, waarvan de duur onbekend is – ondernemingen met minder of zonder (evident) maatschappelijk belang of zonder dreigende schade voor de belangen van de afnemers, mogelijk niet langer zullen verzoeken om toegelaten te worden tot een stille voorbereidingsfase, terwijl dat (in theorie) thans nog steeds mogelijk is.⁸ INSOLAD vindt een dergelijk signaal onwenselijk.

5. Notie en rang van het ‘maatschappelijk belang’

Het voorgestelde toepassingsbereik van de Novelle leidt verder tot discussie over wat valt te verstaan onder ‘maatschappelijk belang’. De Novelle lijkt ontworpen en wordt met voorrang voorgelegd naar aanleiding van een aantal ziekenhuisfaillissementen.⁹ Allereerst denkt men daarom bij ‘maatschappelijk belang’ aan dreigende faillissementen in de zorg. In de MvT Novelle WCO I wordt echter aangegeven dat het ook kan gaan om ondernemingen in het onderwijs, de energie-, internet- en telecomsector, afvalverwerking, of organisaties van openbaar belang. Die opsomming is niet limitatief. Daarmee wordt een brede, open norm gecreëerd. Hoewel dit ten dele bewust gebeurt, is het – als er niet voor wordt gekozen om de regeling verder open te stellen dan enkel bij ondernemingen met activiteiten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend – aan te bevelen meer concrete handvatten te bieden voor de toets of een onderneming activiteiten ontplooit van maatschappelijk belang. Daarover bestaat in het huidige ontwerp te veel onduidelijkheid. Verduidelijking behoeft bijvoorbeeld de rol van bijzondere wet- en regelgeving. De vraag bestaat of het maatschappelijk belang dient te zijn verankerd deze bijzondere wet- en regelgeving en slechts dan toegang kan worden verleend tot de stille voorbereiding.

⁷ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*).

⁸ Gewezen zij nogmaals op het faillissement van SecurCash.

⁹ Genoemd worden de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, MvT Novelle WCO I, p. 4.

Te meer van belang is het voorgaande indien, nadat op basis van een bepaald maatschappelijk belang (van de afnemers van de activiteiten van de onderneming in zwaar weer) toegang is verkregen tot de stille voorbereiding, ook *prioriteit* aan dat belang moet worden gegeven bij het bestuur en beheer van de boedel in een opvolgend faillissement. De Onderzoeksraad voor Veiligheid (“**OVV**”) heeft hiertoe een aanbeveling gedaan in het kader van afbouw van ziekenhuiszorg in faillissement. In haar rapport naar aanleiding van de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen komt de OVV tot de aanbeveling 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’.¹⁰

Met de Novelle lijkt uitvoering te worden gegeven aan de aanbeveling van de OVV om de curator (bij een ziekenhuis) het maatschappelijk belang boven het crediteurenbelang te laten plaatsen. INSOLAD meent dat een dergelijke regeling nodig noch wenselijk is. In de eerste plaats omdat een dergelijke prioritering buiten het bestek van de stille voorbereiding valt en ten tweede omdat dit niet in lijn is met de grondbeginselen van het faillissementsrecht. De literatuur en jurisprudentie hebben zich hierover nog nauwelijks uitgesproken. Daarmee is deze prioritering een nog onvoldragen uitgangspunt voor de taak van de curator.

6. Taak curator

Een wetswijziging in laatstbedoelde zin druist volgens INSOLAD in tegen de kern van het faillissementsrecht en de – thans geldende – wettelijke taak van een curator.¹¹ Het uitgangspunt van de Faillissementswet is dat de curator de belangen dient van de gezamenlijke crediteuren. Hij heeft in beginsel een ruime beleidsvrijheid. Volgens vaste rechtspraak moet de curator in zijn beleidsafweging wel rekening houden met andere belangen dan die van de gezamenlijke schuldeisers. In 1995 oordeelde de Hoge Raad voor het eerst dat de curator óók rekening heeft te houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals het behoud van werkgelegenheid.¹² Volgens opvolgende arresten kan de curator daarnaast onder omstandigheden zwaarwegende belangen van maatschappelijke aard laten

¹⁰ *Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen* (OVV-rapport van november 2019), Den Haag: Onderzoeksraad voor Veiligheid 2019 (“**OVV-rapport**”), p. 16.

¹¹ F.D. Crul, ‘Ziekenhuisfaillissementen na Slotervaart – een update’, *FIP* 2021/5.

¹² HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*).

prevaleren boven de belangen van de schuldeisers.¹³ Het gaat hierbij echter om belangen van *individuele* schuldeisers, zoals een separatist, en niet om de belangen van de *gezamenlijke* crediteuren.

Het is niet in lijn met die taak en met de beleidsvrijheid van de curator om voor te schrijven welk belang hij moet laten prevaleren. Evenmin in lijn hiermee is dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers *altijd* moet wijken voor het maatschappelijk belang, althans voor de belangen van de afnemers van de maatschappelijke activiteit die de schuldenaar verricht. De curator heeft binnen de bestaande kaders voldoende handvatten om het maatschappelijk belang voorop te stellen als de situatie daar om vraagt. Bovendien is de curator nu al gehouden tot naleving van bepaalde 'regels', welke hem tot een bepaalde afweging nopen.¹⁴ Desondanks zal dit steeds een weging van de omstandigheden in het specifieke geval vragen.

Eenzijds kan de curator van een lopende onderneming van maatschappelijk belang de onderneming niet stopzetten zonder rekening te houden met de belangen van haar afnemers, zoals patiënten of leerlingen. Ingevolge de geldende rechtspraak en INSOLAD praktijkregels heeft de curator immers reeds voldoende mogelijkheden om te handelen in het belang van die bewuste afnemers.¹⁵ Anderzijds heeft de curator er rekening mee te houden dat hij een derde geen (financiële) schade berokkent bij de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming, bijvoorbeeld doordat hij nieuwe crediteuren niet kan betalen of door een verlieslatende exploitatie voort te zetten ten laste van de gezamenlijke crediteuren.

7. Financiering (tijdelijke) voortzetting

Het (tijdelijk) voortzetten van een onderneming ten behoeve van deze afnemers heeft namelijk ook een financiële consequentie, omdat dit meebrengt dat de kosten hiervoor ten laste van de boedel komen, en dus van de gezamenlijke crediteuren. In sommige gevallen is voortzetten niet eens mogelijk, bijvoorbeeld in de situatie van een lege boedel. Wanneer alle activa in zekerheid zijn gegeven of sprake is van forse schulden uit hoofde van bevoorschotting door (bijvoorbeeld) de zorgverzekeraars, heeft de curator geen financieringsmogelijkheden uit de boedel en is hij volledig aangewezen op financiering door derden. Het zal vervolgens

¹³ HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Maclou*), HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817, NJ 2004/293 (*Curatoren Mobell/Interplan*).

¹⁴ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:BU4204 (*Prakke/Gips*), r.o. 3.4.2.

¹⁵ Op basis van voornoemde rechtspraak en artikel 2 INSOLAD Praktijkregels voor curator (april 2019).

van de bereidheid van derden afhangen of de curator aan zijn verplichtingen kan voldoen. De Novelle onderkent deze consequentie slechts beperkt en biedt niet in alle gevallen een oplossing.

In de MvT Novelle WCO I wordt gesteld dat van de curator niet kan worden verlangd dat hij de kosten die samenhangen met het voldoen aan bijzondere wetgeving volledig voor rekening laat komen van de boedel en daarmee de gezamenlijke schuldeisers. Hij zou zich moeten inspannen om de nodige financiering te regelen, door overleg met bijvoorbeeld zorgverzekeraars of gemeenten.¹⁶ Het wordt daarmee de taak van de curator om financiering te regelen en de activiteiten van de onderneming voort te zetten. Dit in tegenstelling tot de huidige INSOLAD praktijkregels voor beoogd curatoren, welke slechts vereisen dat de beoogd curator 'bevordert dat de schuldenaar nagaat' of voldoende financiering beschikbaar is om onderneming voort te kunnen zetten zonder derden schade te berokkenen.¹⁷ Problematisch is voorts dat hem geen middel wordt geboden om financiering af te dwingen.¹⁸ Gewaakt dient te worden voor de situatie dat de curator door een onwelwillende financier wordt tegengeworpen dat het *zijn* taak is de activiteiten van maatschappelijk belang voort te zetten; dat is onwenselijk en onwerkbaar. Daar komt bij dat het weliswaar aan de curator is het maatschappelijk belang in kwestie te waarborgen, maar hij wordt overgeleverd aan de inkleuring en afweging van dat belang door de financier(s) van de tijdelijke voortzetting. De curator dreigt hierdoor een taak te krijgen die hij niet kan effectueren.

Indien meerdere financiers zijn betrokken bij de voortzetting, zal ook de vraag spelen welke financier de meest gereede partij is om in de boedelfinanciering te voorzien, of – wanneer zij die verplichting gezamenlijk dragen – voor welk deel zij de financiering op zich dienen te nemen. Bijkomend probleem is dat sprake kan zijn van een veelheid aan partijen. Te denken valt aan zorgverlening op basis van de Jeugdwet, waarbij de gemeente zorg inkoop bij zorgverleners ten behoeve van de werkelijke afnemers: de jeugdigen met een zorgvraag. De beoogd curator van een jeugdhulpaanbieder zal iedere individuele gemeente ertoe moeten bewegen financiering (te blijven) verstrekken voor te leveren zorg. De beoogd curator krijgt dan te maken met een veelheid aan colleges van burgemeester en wethouders, die allen eigen

¹⁶ MvT Novelle WCO I, p. 8-9.

¹⁷ Artikel 4.1 Praktijkregels beoogd curator INSOLAD 2015.

¹⁸ Dit in tegenstelling tot de huidige praktijk. Artikel 8.1(b) Praktijkregels beoogd curator INSOLAD 2015 verbindt aan de situatie, dat de onderneming over onvoldoende middelen beschikt om deze voort te kunnen zetten, de consequentie dat de curator zijn taak neerlegt.

voorwaarden en eisen zullen stellen aan de financiering. Eenzelfde geval doet zich voor bij een universiteit (of hogeschool), waarbij kan sprake zijn van financiering door verschillende partijen: de rijksoverheid (eerste geldstroom), de NWO en KNAW (tweede geldstroom) en andere financiers (derde geldstroom). Bij ziekenhuizen spelen de zorgverzekeraars in deze zin een cruciale rol.

Om vorenstaande problemen te ondervangen, zal duidelijkheid moeten worden verschaft over de verantwoordelijkheden van de curator enerzijds en die van de financiers anderzijds. Aansluiting kan worden gezocht bij duiding van de (algemene) maatschappelijke of bijzondere (wettelijke) zorgplicht die de betrokken financiers hebben jegens de afnemers van de activiteiten van maatschappelijk belang. Zo zijn zorgverzekeraars op grond van hun eigen zorgplicht jegens hun verzekerden gehouden de kosten van een correcte overdracht en/of voorzetting te dragen.¹⁹ Eenzelfde zorgplicht kan voor gemeenten worden bepleit in het kader van de Jeugdwet.²⁰ De zorgverzekeraar en gemeente hebben weliswaar de curator nodig om die verantwoordelijkheid feitelijk na te komen, maar dat betekent niet dat de kosten uit de boedel moeten worden opgebracht.²¹ Door duiding van de zorgplicht door de wetgever, krijgt de curator een steviger positie in de onderhandelingen voor boedelfinanciering. Het moet dan gaan om duiding van een *algemene* zorgplicht in situaties die door de Novelle wordt beslagen.

8. Botsende maatschappelijk belangen

Voorts krijgt onvoldoende aandacht de situatie waarin twee of meer maatschappelijke belangen met elkaar botsen. Onduidelijk is welk belang dan voorrang dient te krijgen. Voorstelbaar is dat het belang van patiëntenzorg komt te staan tegenover dat van de belastingdienst. Is dan doorslaggevend dat een bepaald maatschappelijk belang samenhangt met de positie van de afnemers van de activiteiten van de schuldenaar? Los van de vraag of dit wenselijk is, zou de wetgever zich hierover moeten uitspreken, teneinde een duidelijker kader voor belangenafweging te creëren.

¹⁹ Artikel 11 lid 1 Zorgverzekeringswet. Zie ook: R. van Galen, 'Het ziekenhuis aan de afgrond', *Ondernemingsrecht* 2019/21.

²⁰ Op basis van artikel 2.3 Jeugdwet. Zie bijvoorbeeld de kamerbrief van de staatssecretaris van Volksgezondheid Welzijn en Sport: *Kamerstukken II* 2016/17, 31839, nr. 553, p. 1.

²¹ In het faillissement van MC Slotervaart hebben de betrokken zorgverzekeraars dat ook onderkend, zo volgt uit het eerste openbaar faillissementsverslag, p. 17.

9. Voldoende stimulans bestuur

Eén van de vragen bij de consultatie is of de Novelle voldoende stimulans geeft voor het bestuur van een ziekenhuis om bij een dreigend faillissement de rechtbank te verzoeken om een stil voorbereidingstraject onder leiding van de beoogd curator. Volgens INSOLAD ligt een dergelijke verplichting besloten in de taak van het bestuur en de reeds op het bestuur rustende verplichting om te handelen in het vennootschappelijk belang.²² Deze verplichtingen kunnen in bepaalde situaties vergen dat om toelating tot stille voorbereiding van een faillissement wordt verzocht. De redenen laten zich raden waarom de besturen van de in recente jaren gefailleerde ziekenhuizen niet ervoor hebben gekozen de rechtbank om aanstelling van een beoogd curator te verzoeken. In het geval van MC IJsselmeerziekenhuizen heeft het erme te maken gehad dat de rechtbank Midden-Nederland destijds (in beginsel) geen pre-packprocedure toestond.²³ Al had het bestuur een stille voorbereiding willen doorlopen, was dit waarschijnlijk niet mogelijk geweest. Indien de Novelle en WCO I in werking zullen treden, zal een bestuur zich in ieder geval niet achter het ontbreken van een mogelijkheid tot stille voorbereiding kunnen verschuilen.

10. Conclusie & aanbeveling

INSOLAD verwelkomt de inwerkingtreding van de Novelle, omdat een stille voorbereiding van een faillissement tot positieve effecten op de afwikkeling daarvan kan leiden en schade kan worden beperkt. Juist vanwege deze positieve effecten is het gunstig dat niet wordt gewacht op het oordeel van het HvJEU inzake Heiploeg. Wel spreekt INSOLAD daarbij de zorg uit dat door deze nieuwe regeling de (thans nog voor toepassing mogelijke) pre-packprocedure (verder) in onbruik zal raken, vanwege het signaal dat met deze nieuwe regeling door de wetgever wordt afgegeven. Duidelijk zou moeten worden gesteld dat de stille voorbereidingsfase ook mogelijk moet zijn voor alle faillissementen waar voorbereiding ter voorkoming van (maatschappelijke) onrust en/of beperking van extra schade wenselijk kan

²² Op basis van artikelen 2:8 en 2:9 BW, de Beklamel-norm die volgt uit HR 6 oktober 1989, ECLI:NL:HR:1989:AB9521, *NJ* 1990/286 (*Beklamel*) en HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR2014:797 (*Cancon*). Deze norm kan ook worden toegepast op bestuurders van verenigingen en stichtingen. Ingevolge de Wet bestuur en toezicht rechtspersonen zal bovendien voor het bestuur van een vereniging of stichting wettelijk worden verankerd dat zij zich moet richten naar het belang van de rechtspersoon en de met haar verbonden onderneming of organisatie (*Stb.* 2020, 507).

²³ Zo volgt uit het OVV-rapport, p. 131. Ook wordt als reden genoemd waarom door het bestuur niet om een pre-pack is verzocht de onzekerheid omtrent de overgang van onderneming.

worden geacht. De toepasselijkheid zou niet uitsluitend mogelijk moeten zijn ter beperking van schade voor de afnemers van ondernemingen die activiteiten verrichten, waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Hierbij zij opgemerkt dat een korte voorbereidingsperiode van enkele dagen bij een MKB-onderneming al tot een aanzienlijke beperking kan leiden van de risico's tot afbreuk ten opzichte van een abrupt faillissement.

Volgens de MvT Novelle WCO I zou in bepaalde gevallen, nadat toegang is verkregen tot de stille voorbereiding, ook prioriteit aan de waarborging van dit maatschappelijk belang door de curator moet worden gegeven. In de visie van INSOLAD is dat een onnodige en onwenselijke doorkruising van grondbeginselen van het faillissementsrecht. Daar komt bij dat de bestaande taakbeschrijving en beleidsvrijheid van de curator in faillissement reeds vergen dat in bepaalde gevallen rekening wordt gehouden met maatschappelijke belangen ten koste van crediteuren. Ten slotte is het aan te bevelen dat de curator een steviger positie krijgt om medewerking af te dwingen van potentiële financiers voor de (tijdelijke) voortzetting van de onderneming. De curator zou anders een taak en verantwoordelijkheid krijgen toebedeeld die hij in voorkomend geval maar moeilijk zal kunnen effectueren.

Volgens INSOLAD zou ARTIKEL I van de Novelle als volgt moeten worden aangepast.

I

In het opschrift van de wet wordt “ter bevordering van de afwikkeling van faillissementen en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen” vervangen door “ter beperking van schade en/of ter bevordering van een gecontroleerde afwikkeling van faillissementen”

II

Onderdeel I van artikel I wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 363, eerste lid, wordt de laatste volzin vervangen door: Meerwaarde wordt geacht aanwezig te zijn indien wordt aangetoond dat de voorbereiding de schade voor de

betrokkenen bij het eventuele faillissement kan beperken en/of voorbereiding kan bijdragen aan een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de schuldenaar, als gevolg waarvan kan worden voorkomen dat de belangen worden geschaad van degenen ten behoeve van wie die activiteiten worden verricht.

N.B. Dit voorstel van INSOLAD houdt derhalve in dat een gedeelte van de eerste volzin uit het ter consultatie aangeboden artikel A van de Novelle wordt verwijderd, te weten het gedeelte “wordt in de eerste zin na, *“Op verzoek van een schuldenaar die”* ingevoegd, *“activiteiten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend”*. “

INSOLAD hoopt op invoering van een aangepaste Novelle. INSOLAD is graag bereid om haar opmerkingen, zienswijze en ervaring te delen met de minister en de leden van de Tweede Kamer.

Hoogachtend,
namens INSOLAD,



mr. H.M.D. Bentfort van Valkenburg

mr. dr. E.C. Bos

mr. drs. F.P.G. Dix

mr. J.H.M. van de Wiel

mr. R.J.H. Berghuis