

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

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel strekt tot aanpassing van het in 2015 bij de Tweede Kamer ingediende voorstel van wet tot wijziging van de Faillissementswet (Fw) in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I, hierna: WCO I). De WCO I is op dit moment in behandeling bij de Eerste Kamer.¹

De WCO I voorziet in een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde 'pre-pack methode' (hierna ook: 'stille voorbereidingsfase'). Deze methode houdt in dat de rechtbank op verzoek van een schuldenaar die een onderneming drijft, al voor een faillietverklaring in stilte aanwijst wie zij zal aanstellen als curator (hierna: beoogd curator) en zal benoemen als rechter-commissaris (hierna: beoogd rechter-commissaris) mocht het tot een faillissement komen. Komt het inderdaad tot een faillietverklaring van de schuldenaar, dan stelt de rechtbank in de regel de eerder door haar als beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen personen aan als curator en rechter-commissaris in het faillissement.² Doel hierbij is om het faillissement in relatieve rust voor te kunnen bereiden, zodat de daaruit voortvloeiende schade voor de betrokken schuldeisers, werknemers en afnemers zo veel mogelijk kan worden beperkt. Vaak wordt in dit kader ook bekeken of een overgang en daarop volgende voortzetting van de onderneming van de schuldenaar (ook wel aangeduid als 'doorstart') mogelijk is. Dit leidt dan vrijwel altijd tot een hogere opbrengst voor de schuldeisers en tot behoud van werkgelegenheid.

De Eerste Kamer heeft de behandeling van de WCO I aangehouden in afwachting van een ander wetsvoorstel voor een nieuwe Wet overgang van onderneming in faillissement ('WOVOF'). In 2019 is geconsulteerd over een voorontwerp van deze wet.³ Het voorontwerp is ook toegezonden aan de Eerste Kamer. In reactie hierop heeft de Eerste Kamer besloten om de WCO I te zijner tijd verder te behandelen in samenhang met de WOVOF.⁴ Inmiddels is de voortgang

¹ *Kamerstukken I 2015-2016*, 34 218, nr. A.

² In de memorie van toelichting wordt om praktische redenen – en omdat dit in veruit de meeste gevallen het verloop is – voornamelijk gesproken over de aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris in de aanloop naar een faillissement. Dit neemt niet weg dat de aanwijzing ook kan plaatsvinden in de aanloop naar verlening van surseance van betaling.

³ https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

⁴ *Kamerstukken I 2018-2019*, 34 218, nr. L.

betreffende de WOVOF aangehouden omdat de Hoge Raad een prejudiciële procedure aanhangig heeft gemaakt bij het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJEU') waarvan de uitkomst van belang kan zijn voor het vraagstuk van de positie van werknemers in een faillissement. Bij tussenarrest van 29 mei 2020 in de zaak *Heiploeg* heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU om – kort gezegd – een verduidelijking te krijgen van een eerdere uitspraak in de zaak *FNV/Smallsteps*.⁵ In de laatst genoemde uitspraak heeft het HvJEU zich uitgesproken over de vraag of werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement die is voorbereid met gebruikmaking van de 'pre-pack methode', al dan niet een beroep kunnen doen op de beschermingsregels uit *Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen* (hierna: de richtlijn).^{6,7} Het aanhouden van de voorbereidingen van de WOVOF heeft ook tot gevolg dat de behandeling van de WCO I verder wordt vertraagd.

In de tussentijd wordt de 'pre-pack methode' nauwelijks meer toegepast. Waarschijnlijk heeft dit te maken met onzekerheid over de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in een faillissement dat is voorbereid met gebruikmaking van die methode. Deze onzekerheid houdt verband met de eerder genoemde uitspraak van het HvJEU in de zaak *FNV/Smallsteps*. Er hebben zich daarentegen wel 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. Illustratief daarvoor zijn de faillissementen van het MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen.

In overeenstemming met de Minister voor Medische Zorg en Sport is dit wetsvoorstel voorbereid, met als doel om een voortvarende invoering van de WCO I mogelijk te maken voor gevallen waarin verder uitstel vanuit maatschappelijk oogpunt onwenselijk is. Daartoe wordt het toepassingsbereik van de WCO I beperkt. De regeling wordt toegespitst op schuldenaren met een onderneming waarbinnen activiteiten worden verricht waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Doel van de toepassing van de WCO I is dat de voorbereiding van het faillissement een zorgvuldige afwikkeling mogelijk maakt van die activiteiten. Daarmee kan maatschappelijke schade worden voorkomen. Met de voorgestelde aanpassingen in de titel en het opschrift van de WCO I wordt tot uitdrukking gebracht en benadrukt dat het primaire doel van de aanwijzing van een beoogd curator de voorbereiding is van een faillissement met het oog op een gecontroleerde afwikkeling van activiteiten die van groot maatschappelijk belang zijn en dus niet de continuering van (onderdelen van) de door de schuldenaar gedreven onderneming. Dit neemt niet weg dat het nog steeds mogelijk blijft dat in het kader van de afwikkeling van de activiteiten, een overgang plaatsvindt van de door de schuldenaar gedreven

⁵ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*).

⁶ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEU 2001, L 82).

⁷ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

onderneming (over onderdelen daarvan) in faillissement. Als een dergelijke situatie zich voordoet zal, zolang er nog geen uitspraak is van het HvJEU in de zaak *Heiploeg*, voor wat betreft de positie van de betrokken werknemers de eerdere uitspraak van het HvJEU in de zaak *FNV/Smallsteps* richtinggevend blijven. Dit impliceert in ieder geval dat er bij de overgang rekening mee moet worden gehouden dat de betrokken werknemers mogelijk met succes een beroep kunnen doen op de rechten die voortvloeien uit de richtlijn.

Het voornemen bestaat om de gevallen die met deze wijziging nu buiten het bestek van de WCO I komen te vallen, op een later moment alsnog mee te nemen in de WOVOF. De voorbereidingen van dat wetsvoorstel zullen weer worden voortgezet zodra het HvJEU uitspraak heeft gedaan in de zaak *Heiploeg* en de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement verder is uitgekristalliseerd. De regeling betreffende de stille voorbereidingsfase wordt als gevolg daarvan in feite gefaseerd ingevoerd.

2. Achtergrond, aanleiding en doel van/voor het wetsvoorstel

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.⁸

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.⁹

In de zaak *FNV/Smallsteps* heeft het HvJEU nadere uitleg gegeven over het toepassingsbereik van deze uitzonderingsregel en bepaald dat deze alleen van toepassing is als voldaan is aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden:

⁸ De regels uit de richtlijn zijn geïmplementeerd in afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 BW (artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW), artikel 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en artikel 2a van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Daarnaast omvat artikel 25 van de WOR al de verplichting om de OR over de overgang te raadplegen.

⁹ Artikel 5 lid 1 van de richtlijn; geïmplementeerd in artikel 7:666 onderdeel a BW.

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.

De uitspraak van het HvJEU heeft geleid tot rechtsonzekerheid. Dit houdt vooral verband met de tweede voorwaarde. Uit deze voorwaarde volgt dat de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer bij een verkoop van bedrijfsonderdelen in faillissement die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, afhangt van het doel waarmee de faillissementsprocedure is ingeleid. Zoals blijkt uit de uitspraak van het HvJEU, gaat het er daarbij niet om welk doel de faillissementsprocedure op zichzelf beschouwd heeft, maar om de intentie waarmee die procedure in een concrete situatie is toegepast. De intentie waarmee de faillissementsprocedure is toegepast, moet steeds worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het individuele geval. Daardoor is de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement in het algemeen niet op voorhand voorspelbaar. Dit geeft onzekerheid en aangenomen wordt dat als gevolg daarvan de 'pre-pack methode' nauwelijks meer wordt toegepast in de praktijk.

Na een oproep van de vakbonden FNV en CNV en de NOvA hebben vertegenwoordigers van de ministeries van Justitie en Veiligheid en Sociale Zaken en Werkgelegenheid met een schrijfgroep – met daarin prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens en prof. mr. L.G. Verburg en vertegenwoordigers van de zijde van werknemers en werkgevers, de advocatuur en de curatoren – de mogelijkheden voor nieuwe wettelijke regeling verkend, die de positie regelt van werknemers bij overgang van onderneming in faillissement. Dit heeft geresulteerd in het voorontwerp van de WOVOF. 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 er na de faillietverklaring een overgang van onderneming plaatsvindt, zorgt de WOVOF ervoor dat de belangen van de werknemers daarbij geborgd zijn. Zoals eerder opgemerkt, wordt het wetgevingstraject van de WOVOF inmiddels aangehouden als gevolg van de genoemde prejudiciële procedure bij het HvJEU in de zaak *Heiploeg*. Dit heeft ook geleid tot verdere vertraging in de behandeling van de WCO I.

In de tussentijd hebben zich situaties voorgedaan, waarin toepassing van de in de WCO I voorziene stille voorbereidingsfase zeer wenselijk zou zijn geweest. Illustratief daarvoor zijn de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeer-ziekenhuizen. De Onderzoeksraad voor Veiligheid ('OVV') heeft in zijn rapport "*Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen; risico's voor patiëntveiligheid*" van 19 december 2019 geconcludeerd dat de afwikkeling van deze faillissementen heeft geleid tot verhoogde risico's voor de patiëntveiligheid ten opzichte van een ziekenhuis in normaal bedrijf. Volgens de OVV heeft aan deze risico's bijgedragen dat het faillissementsrecht niet is toegesneden op de praktijk van een ziekenhuisfaillissement. De OVV doet de Minister voor Rechtsbescherming de aanbeveling om het faillissementsrecht met betrekking tot ziekenhuizen zodanig aan te passen dat:

" a. een ziekenhuis alleen failliet kan gaan na een periode van stil bewind,

waarbij in die periode voorbereidingen getroffen worden voor een gecontroleerde afwikkeling van het ziekenhuisfaillissement.

- b. de curator bij een afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijke belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten laat prevaleren boven de belangen van de schuldeisers.”¹⁰*

Het faillissement van een schuldenaar heeft in het algemeen een ontwrichtend effect op de activiteiten binnen de door hem gedreven onderneming of instelling. Buiten de genoemde ziekenhuisfaillissementen zijn meer gevallen denkbaar waarin dit vanuit maatschappelijk oogpunt onwenselijk is en het van belang is dat de dienstverlening gecontroleerd wordt afgewikkeld en eventueel overgedragen en mogelijk in dat kader ook tijdelijk wordt gecontinueerd. Dit biedt onder meer ruimte om diegenen die gebruik maken van de dienstverlening van de onderneming onder te brengen bij een andere dienstverlener. Een voorbeeld hiervan is het faillissement van een onderwijsinstelling. De continuïteit van onderwijs is van groot belang. Als een onderwijsinstelling vlak voor de (eind)examens failliet zou gaan, bestaat het risico dat de studenten of leerlingen hun examens niet kunnen afleggen, omdat zij onderwijs hebben gemist in een periode die daarvoor van groot belang is. Als een onderwijsinstelling midden in het school- of studiejaar failliet zou gaan en een overstap naar een andere onderwijsinstelling niet tijdig genoeg kan plaatsvinden, bestaat het risico dat grote groepen studenten of leerlingen het jaar over moeten doen of flinke studievertraging oplopen. Een complicerende factor in dat kader kan zijn, dat in de regio niet voldoende aanbod van het betreffende onderwijs aanwezig is. Deze voorbeelden illustreren dat het voor studenten en leerlingen belangrijk is om na een faillietverklaring van hun onderwijsinstelling zo spoedig mogelijk over te kunnen stappen naar een andere onderwijsinstelling. De voorbereiding van het faillissement is daarvoor essentieel, omdat de beoogd curator de mogelijkheden voor een overstap dan alvast voor het faillissement kan verkennen zodat na faillietverklaring snel kan worden gehandeld.

Daarnaast stelt een stille voorbereidingsfase de 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. De curator zal bij de afwikkeling van de activiteiten van deze ondernemingen en instellingen deze wet- en regelgeving ook zoveel mogelijk in acht moeten nemen (zoals nader wordt toegelicht in paragraaf 3.2). Dit leidt ertoe dat dit type faillissementen veelal een andere aanpak vergt dan wat in de reguliere faillissementspraktijk gebruikelijk is. Een faillissement in de zorgsector bijvoorbeeld, kenmerkt zich mede in verband met de specifieke wet- en regelgeving die van toepassing is, in de regel door betrokkenheid van onder meer een externe toezichthouder en zorginkopers. Dit maakt het speelveld waarin de beoogd curator zich beweegt complex en zal van invloed zijn op de manier waarop de curator de activiteiten afbouwt of overdraagt. Tijdens een stille voorbereidingsfase kan een beoogd curator zich voorbereiden op de bijzonderheden van het betreffende faillissement. Al met al kan met een stille voorbereiding van het faillissement veel maatschappelijke schade en persoonlijk leed voor betrokkenen worden voorkomen.

¹⁰ <https://www.onderzoeksraad.nl/nl/page/12455/faillissement-mc-slotervaart-en-mc-ijsselmeer-ziekenhuizen-risico%E2%80%99s>.

3. Beschrijving van de inhoud van de regeling

3.1 Beperking toepassingsbereik WCO I ter voorkoming van maatschappelijke schade

Voor gevallen waarin met een stille voorbereiding van een faillissement schade van maatschappelijke aard kan worden voorkomen, is het van belang dat er binnen afzienbare termijn een wettelijke grondslag komt voor de 'pre-pack methode', zodat de toepassing van deze methode weer ingang kan vinden. Tegelijkertijd is het van belang dat rekening wordt gehouden met de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement en met het feit dat die, gelet op voornoemde prejudiciële procedures, nog niet voldoende is uitgekristalliseerd. Om die reden voorziet dit wetsvoorstel in een beperking van het toepassingsbereik van de WCO I.

De regeling in de WCO I geldt nu voor schuldenaren die een onderneming drijven, ongeacht welke activiteiten zij ontplooiën of de rechtsvorm waarin zij worden gedreven (behoudens de uitzondering in artikel 363, zevende lid, Fw). Dit wetsvoorstel beperkt deze groep tot ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend (artikel 363, eerste lid, Fw). Daarbij kan bijvoorbeeld 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.

De regeling in de WCO I bepaalt nu dat het verzoek tot toewijzing van een beoogd curator – en daarmee tot opening van een stille voorbereidingsfase – alleen wordt toegewezen als de schuldenaar aannemelijk maakt dat de stille voorbereidingsfase een dusdanige meerwaarde heeft, dat deze opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt. Meerwaarde in de zin van de WCO I moet zijn gelegen in een gecontroleerde afwikkeling van het faillissement ter beperking van de schade voor betrokkenen en, indien aan de orde, het bereiken van een doorstart uit dat faillissement. De voorgestelde aanpassing beperkt wat onder meerwaarde moet worden 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. De wijziging van de WCO I is daarmee tweeledig.

Eenzijds brengen de voorgestelde aanpassingen tot uitdrukking dat – anders dan de citeertitel van de WCO I doet vermoeden – het doel van de aanwijzing van een beoogd curator de voorbereiding is van een faillissement met het oog op een gecontroleerde afwikkeling van de onderneming en daarmee van activiteiten die van maatschappelijk belang zijn en dus niet de continuering van (onderdelen van) de door de schuldenaar gedreven onderneming. Het vergroten van de kans op een doorstart, wordt niet langer gehanteerd als grond om de meerwaarde van een stille voorbereiding aan te tonen. Dit doet recht aan het feit dat de positie van werknemers bij een overgang in faillissement nog nader moet worden uitgekristalliseerd. Het benadrukt dat de gewijzigde wettelijke grondslag

voor de stille voorbereidingsfase geldt voor specifieke gevallen die niet op een nadere regeling van de positie van werknemers kunnen wachten. Het is evenwel niet uit te sluiten dat tijdens de stille voorbereidingsfase kan blijken dat de meest passende manier om schade te beperken, een overgang is van de onderneming (of onderdelen daarvan) in faillissement. De wijziging van de WCO I laat onverlet dat een overgang dan tijdens een stille voorbereidingsfase kan worden verkend of voorbereid. Net als de WCO I, bevat de voorgestelde wijziging geen regels omtrent de positie van werknemers in geval van een overgang van onderneming in faillissement. Dit betekent dat de status quo op dat punt niet verandert. Overnamekandidaten zullen er daarom bij de overname van de onderneming rekening mee moeten houden dat de betrokken werknemers mogelijk met succes een beroep kunnen doen op de rechten die voortvloeien uit de richtlijn. Zolang er nog geen uitspraak is van het HvJEU in de zaak *Heiploeg*, blijft voor wat betreft de positie van de betrokken werknemers de eerdere uitspraak van het HvJEU in de zaak *FNV/Smallsteps* richtinggevend. Anderzijds valt uit de voorgestelde aanpassingen ook af te leiden dat de stille voorbereidingsfase is bedoeld om te voorkomen dat maatschappelijke belangen worden geschaad die de onderneming dient. De onderneming wordt toegelaten tot een stille voorbereidingsfase omwille van een bepaalde groep betrokkenen bij het faillissement: de afnemers van de activiteiten van de schuldenaar. Dit zijn bijvoorbeeld de patiënten van het ziekenhuis of de studenten van een onderwijsinstelling. De WCO I heeft nu nog betrekking op het beperken van schade voor alle betrokkenen bij het eventuele faillissement. De voorgestelde wijziging ziet alleen op de bescherming van belangen van diegenen ten behoeve van wie de schuldenaar zijn activiteiten verricht. De schuldenaar moet aantonen dat een zachte landing van de schuldenaar in faillissement de schade voor deze betrokkenen aanzienlijk kan beperken. Uiteraard kan de stille voorbereiding nog steeds gunstige gevolgen hebben voor alle betrokkenen. Beslissend voor de toelating zijn evenwel de maatschappelijke belangen en de bijdrage die de voorbereiding kan leveren aan een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten. Het zijn immers de belangen van deze groep die onderscheidend zijn en maken dat de activiteiten van maatschappelijk belang zijn, waardoor voortvarendheid bij een wettelijke regeling is geboden.

Zoals eerder opgemerkt, zijn de schuldenaar of de onderneming die hij drijft, vaak onderworpen aan bijzondere wet- en regelgeving, die in het leven is geroepen om de maatschappelijke belangen te waarborgen die met de activiteiten zijn gemoeid. De curator moet ervoor zorgen dat bij de afwikkeling van de activiteiten van deze ondernemingen en instellingen deze wet- en regelgeving zoveel mogelijk in acht genomen blijft worden. Alleen al om die reden kan een stille voorbereidingsfase als bedoeld in dit wetsvoorstel meerwaarde hebben. Dit kan een schuldenaar aanvoeren ter onderbouwing van zijn verzoek.

Een voorbeeld in het kader van de jeugdzorg is het volgende. De kinderrechter en/of de Raad voor de Kinderbescherming, Openbaar Ministerie en Jeugd Justitiële Instellingen, kunnen maatregelen van jeugdbescherming en jeugdreclassering opleggen op naam van gecertificeerde instellingen, die de maatregel uitvoeren, zoals de ondertoezichtstelling van kinderen door Bureau Jeugdzorg. Deze gecertificeerde instellingen kunnen evenwel failliet worden verklaard. In geval van faillissement zullen deze kinderen (en dossiers) moeten worden overgedragen aan een nieuwe gecertificeerde instelling, waarvoor veelal (per zaak) rechtelijke tussenkomst nodig zal zijn. Tijdens een stille

voorbereidingsfase kan een en ander worden voorbereid, zodat de overdracht zo soepel mogelijk verloopt en de belangen van de kinderen zo min mogelijk worden geraakt.

Een ander voorbeeld is de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg ('Wkkgz'), die onder meer bepaalt dat een zorgaanbieder verplicht is om goede zorg aan te bieden (artikel 2 Wkkgz). De faillietverklaring van een zorgaanbieder laat de toepasselijkheid van deze wet onverlet. Concreet betekent dit dat als na faillietverklaring nog zorg wordt verleend, deze zorg veilig moet zijn en van goede kwaliteit. En, als de zorgverlening wordt beëindigd, moet dit op een patiëntveilige manier plaatsvinden.

Uit vaste rechtspraak 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.¹¹ Dit brengt met zich mee dat de curator er verantwoordelijk voor is dat er goede zorg geleverd blijft worden op grond van de Wkkgz en ook hierop aangesproken kan worden door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ).

Uit recente jurisprudentie volgt verder dat na een faillietverklaring de wettelijke verplichtingen ten aanzien van medische dossiers niet zijn beëindigd en het in dat geval tot de taak van de curator behoort om in eerste instantie medische dossiers te bewaren en zo nodig en mogelijk een ordelijke overdracht van deze dossiers aan een opvolgende hulpverlener te realiseren. Het is in dat geval ook aan de curator om, zolang als hij beschikt over de medische dossiers, de verplichting inzage in en afgifte van medische bescheiden te verstrekken aan de patiënt na te leven (artikel 7:456 van het Burgerlijk Wetboek).¹² Bij een (gedeeltelijke) overname van de activiteiten van de zorginstelling ligt overdracht van deze dossiers door de overnemende partij in de rede.

Zoals eerder opgemerkt moet de curator ervoor zorgen dat ook na de faillietverklaring de op de onderneming van toepassing zijnde bijzondere wet- en regelgeving zoveel mogelijk in acht genomen wordt. Deze wetgeving schrijft in feite voor hoe bepaalde maatschappelijke belangen moeten worden gediend. Hier vloeit automatisch uit voort dat de curator acties zal moeten ondernemen die niet direct in het belang zijn van de schuldeisers, maar zien op de maatschappelijke belangen waar de bijzondere wetgeving betrekking op heeft. In dit kader komt het huidige stelsel al tegemoet aan de hiervoor genoemde aanbeveling van de OVV die erop neerkomt dat de curator een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten voorop moet kunnen stellen. Dat de naleving van de bijzondere wet- en regelgeving leidt tot kosten, kan spanning opleveren met de primaire taak van de curator om in het belang van de schuldeisers een zo hoog mogelijk opbrengst te realiseren bij de vereffening van de boedel. In het geval van een (gedeeltelijke) overname van de activiteiten van een gefailleerde zorgaanbieder, zullen deze kosten deel uitmaken van de afspraken tussen de curator en de overnemende partij, zodat deze spanning zich in mindere mate voordoet. Wanneer evenwel geen sprake is van een (gedeeltelijke) overname, kan van de curator niet 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

¹¹ ABRvS 26 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:598; ABRvS 15 april 2020, ECLI:NL:RVS:2020:1063.

¹² Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 26 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2644.

schuldeisers. Wel zal de curator zich actief moeten inspannen om de nodige financiering rond te krijgen, bijvoorbeeld door hierover proactief met stakeholders (zoals zorgverzekeraars of gemeenten) in overleg te treden. Zo kan de curator borgen dat de zorgactiviteiten veilig (tijdelijk) kunnen worden voortgezet of afgebouwd en de medische dossiers van (oud) cliënten ordentelijk worden overgedragen.

Tijdens de stille voorbereidingsfase krijgt de beoogd curator de gelegenheid om zich voor te bereiden op dergelijke verplichtingen, wat in het belang is van de maatschappelijke belangen die hiermee zijn gediend.

De omstandigheden van het geval kunnen van de bestuurders vergen 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 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 meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad.¹³ Dit kan worden bewerkstelligd door een plan klaar te hebben liggen voor het scenario waarin de onderneming te maken krijgt met financiële problemen ('living will'). Het verzoek om een stille voorbereidingsfase kan onderdeel zijn van een dergelijk plan. De voornoemde zorgvuldigheidsverplichting kan in geval van een dreigend faillissement namelijk 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. Het ligt in de rede dat een dergelijke verplichting bijvoorbeeld moet worden aangenomen als het faillissement van een zorgaanbieder of jeugdhulpaanbieder dreigt. De afwikkeling van faillissementen van dergelijke aanbieders is complex, terwijl de belangen van cliënten bij goede zorg en verantwoorde hulp zwaarwegend van aard zijn. Een stille voorbereidingsfase is essentieel voor een zorgvuldige afwikkeling van de activiteiten van dergelijke aanbieders.

3.2 Uitgestelde inwerkingtreding

Als de WCO I en dit wetsvoorstel tot wet worden verheven, zal artikel II, onderdeel A van de WCO I nog niet in werking treden. Dit artikel voegt een grond toe aan artikelen 2:138 lid 1 en 248 lid 1 BW op basis waarvan een bestuurder aansprakelijk kan worden gehouden voor het boedeltekort in faillissement. Deze grond houdt in, dat als in de stille voorbereidingsfase of tijdens het daarop volgende faillissement blijkt dat de bestuurder of de feitelijk leidinggevende van de door de schuldenaar gedreven onderneming in het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator doelbewust onjuiste informatie heeft verschaft over de meerwaarde van de voorbereiding van het faillissement met het oogmerk het voorbereidingstraject op oneigenlijke gronden te gebruiken, aangenomen wordt dat hij zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en

¹³ HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun*).

vermoed wordt dat onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Het meest voor de hand liggende scenario waarin van een dergelijk oneigenlijk gebruik sprake kan zijn, is wanneer een bestuurder 'onwaarheden' over de meerwaarde van de stille voorbereidingsfase zou meedelen als onderdeel van een vooropgezet plan om aan te sturen op een faillissement om dat vervolgens (op oneigenlijke gronden) te gebruiken om de ontslagbescherming van medewerkers te omzeilen en met een afgeslankte onderneming uit faillissement een doorstart te maken. Op grond van de aangepaste regeling kan een beoogd curator niet meer worden aangewezen met het oog op een doorstart. Aangenomen mag worden dat hierdoor de kans aanzienlijk wordt verkleind dat een stille voorbereidingsfase op deze oneigenlijke wijze wordt aangewend om in faillissement ontslagbescherming te omzeilen. Voor de aanwijzing van een beoogd curator moet worden aangetoond dat de stille voorbereidingsfase, kort gezegd, maatschappelijke schade beperkt. Toelating tot de stille voorbereidingsfase laat weliswaar een eventuele doorstart onverlet, maar dit gegeven is op zichzelf onvoldoende aanleiding om het met de voorgestelde aanpassing van artikelen 2:138 en 248 BW eenvoudiger te maken voor de curator om bestuurders aansprakelijk te stellen. Wanneer het toepassingsbereik van de regeling weer wordt verruimd en tot wet wordt verheven, zal artikel II, onderdeel A wel in werking treden.

4. Regeldruk en financiële gevolgen

De regeldruk en financiële gevolgen van de WCO I, zijn omschreven in paragraaf 6 van de memorie van toelichting bij dat wetsvoorstel.¹⁴ De regeldruk en financiële gevolgen van dit wetsvoorstel moeten in samenhang daarmee worden gezien. Dit wetsvoorstel beperkt het toepassingsbereik van de WCO I, door het toe te spitsen op ondernemingen die activiteiten verrichten van maatschappelijk belang. Dit brengt op zichzelf geen wijzigingen mee voor de gevolgen van de regeling voor deze categorie ondernemingen, zoals deze zijn omschreven in de memorie van toelichting van de WCO I. Wel brengt het feit dat in dit wetsvoorstel de nadruk komt te liggen op ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang mee, dat zich bij dit type ondernemingen eerder omstandigheden kunnen voordoen die van de bestuurders vergen dat zij gebruik maken van de mogelijkheid om de aanwijzing van een beoogd curator te verzoeken. Het is voor deze bestuurders dan feitelijk geen keuze om het instrument te gebruiken, maar een verplichting (zie hetgeen dat hierover is toegelicht in paragraaf 3.1). Het opstellen, onderbouwen en indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator leidt in die gevallen tot extra regeldruk. De schatting is dat het opstellen en indienen van een dergelijk verzoek 7 minuten in beslag neemt. Met een uurtarief van 36 euro (intern uurtarief administratief personeel) komt dit neer op 4,20 euro per verzoek. Daarnaast wordt geschat dat met het onderbouwen van het verzoek 30 minuten gemoeid is, en met een uurtarief van 54 euro (intern uurtarief hoogopgeleide medewerkers) kost dit 27 euro per verzoek. Naar schatting zal het in totaal gaan om 20 gevallen per jaar (aantal schuldenaren die hier gebruik van moeten maken). Daarmee komt de regeldruk op $(4,20 + 27) \times 20 = 624$ euro. Dit wetsvoorstel heeft naar verwachting geen financiële gevolgen voor de

¹⁴ Kamerstukken II 2014–2015, 34 218, nr. 3, pag. 35 e.v.

rechtspraak. De structurele werklastgevolgen van de WCO I voor de rechtspraak zijn al verdisconteerd in de prijsafspraken van 2017-2019. De werklastgevolgen voor de rechtspraak die bij deze prijsafspraken zijn meegenomen, worden door dit wetsvoorstel niet substantieel gewijzigd.

5. Advies en consultatie

[PM]

II. ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdeel I

Gelet op de beperking van de WCO I wordt ook het opschrift van die wet aangepast.

Onderdeel II

Subonderdeel A: Artikel 363, eerste lid, Fw

In artikel 363, eerste lid, Fw, wordt het toepassingsbereik van de WCO I beperkt. Met deze wet wordt bepaald dat de regeling alleen ziet op faillissementen van schuldenaren die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Welke activiteiten van maatschappelijk belang zijn, zal niet steeds op voorhand duidelijk zijn. Voor sommige sectoren zal dit in de regel evident zijn, zoals de zorg en het onderwijs. Voor andere sectoren zal dit meer afhangen van de omstandigheden van het geval, zoals de energiesector. Welke activiteiten van maatschappelijk belang zijn, zal bovendien geen vaststaand gegeven zijn, maar met de tijd kunnen veranderen, zoals bijvoorbeeld als gevolg van technologische ontwikkelingen. De open norm in artikel 363, eerste lid, Fw laat ruimte aan de rechter om aan de hand van de omstandigheden van het geval te bepalen of activiteiten belangen van maatschappelijke aard dienen.

Ten tweede wordt bepaald dat de meerwaarde die de schuldenaar moet aantonen om in aanmerking te komen voor een aanwijzing van een beoogd curator, moet zien op een gecontroleerde afwikkeling van zijn activiteiten, waarmee de belangen worden beschermd van diegenen ten behoeve van wie de activiteiten worden verricht. Als de schuldenaar een ziekenhuis is, gaat het om de belangen van de patiënten en als de schuldenaar een onderwijsinstelling is, gaat het om de belangen van de leerlingen en de studenten. De 'stille voorbereidingsfase' moet in ieder geval bijdragen aan het voorkomen van een chaotische start van het faillissement en aan een zorgvuldige afwikkeling van de activiteiten. Te denken valt aan een scenario waarin de activiteiten (na een eventuele tijdelijke continuering) worden beëindigd, nadat de afnemers elders

zijn ondergebracht. Ook moet hieronder het scenario worden begrepen dat een ander dan de schuldenaar de activiteiten voortzet. In de voorgestelde aanpassing ligt besloten dat als de meerwaarde wordt aangetoond, dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt.

Subonderdeel B: Artikel 364, eerste lid, Fw

De beoogd curator heeft als taak om het doel van de stille voorbereidingsfase te verwezenlijken, zoals omschreven in artikel 363, eerste lid, Fw. De aanscherping van dit doel werkt om die reden door in de rol die de beoogd curator heeft, zoals omschreven in artikel 364, eerste lid, Fw. De stille voorbereidingsfase staat in het teken van een gecontroleerde afwikkeling van de activiteiten van de onderneming in faillissement. De taak van de beoogd curator komt in die sleutel te staan. De beoogd curator is betrokken bij de stille voorbereidingsfase als toekomstig beheerder en vereffenaar van de failliete boedel (artikel 68, eerste lid, Fw). Na faillietverklaring is de curator als beheerder en vereffenaar van de failliete boedel bevoegd om de afwikkeling ter hand te nemen (artikel 68, eerste lid, Fw). De stille voorbereidingsfase stelt de beoogd curator in staat zich daarop voor te bereiden, voor zover dit past binnen het genoemde doel van het wetsvoorstel.

Artikel II

Artikel II betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling voor een novelle.

De Minister voor Rechtsbescherming,