

Vergaderjaar 2016–2017

34 218

Wijziging van de Faillissementswet 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)

E

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 21 maart 2017

Met belangstelling heb ik kennisgenomen van de vragen van de leden van de VVD-fractie. Graag ga ik op de gestelde vragen in.

De leden van de VVD-fractie vragen om een nadere definiëring van het begrip «*meerwaarde*», zoals bedoeld in artikel 363, eerste lid, van het wetsvoorstel.

In het voorgestelde artikel 363, eerste lid, is bepaald dat het bestuur van de onderneming bij het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator aannemelijk moet maken dat er een reële kans is dat een faillietverklaring van de onderneming aanstaande is en dat voorbereiding van het faillissement in het concrete geval meerwaarde heeft. Wat wordt verstaan onder dit begrip «*meerwaarde*» volgt uit artikel 363, eerste lid, derde zin. In de eerste plaats geldt dat het dient te gaan om meerwaarde voor «*de betrokkenen bij het eventuele faillissement*». Daarbij wordt bedoeld op de schuldeisers, de werknemers en andere betrokkenen die door het faillissement zullen worden geraakt. Daarnaast moet die meerwaarde opwegen tegen het nadeel dat de aanwijzing van een beoogd curator een korte stille voorbereidingsfase inluit waarin slechts een beperkte groep betrokkenen – veelal de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging, de bank, de belangrijkste leveranciers en, indien er mogelijkheden zijn voor een doorstart, potentiële overnamekandidaten – weet heeft van het naderende faillissement, terwijl bij een onvoorbereid faillissement alle schuldeisers, werknemers en andere betrokkenen met de inschrijving van de faillietverklaring in het insolventieregister op hetzelfde moment kennis kunnen nemen van de financiële problemen. Het bestuur zal daartoe aannemelijk moeten maken dat de aanwijzing van een beoogd curator ertoe zal kunnen bijdragen dat de uit het faillissement voortvloeiende economische en maatschappelijke schade aanmerkelijk kan worden beperkt, bijvoorbeeld omdat daarmee de kans op een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid kan worden vergroot. Anders gezegd, het bestuur zal aannemelijk moeten maken dat wanneer er geen aanwijzing van een beoogd curator plaatsvindt en het

faillissement niet wordt voorbereid, dit er naar verwachting toe zal leiden dat de schuldeisers, de werknemers en de afnemers van de onderneming aanmerkelijk meer schade zullen lijden.

De faillietverklaring van een onderneming komt doorgaans voor de meeste schuldeisers, werknemers en afnemers als een schok en leidt daarmee tot de nodige hectiek. Binnen die hectische situatie zal de curator – in zijn rol als beheerder en vereffenaar van de faillissementsboedel (artikel 68 Fw) – de bedrijfsvoering van de onderneming van het bestuur moeten overnemen. Deze overgang in controle over de onderneming vergt enige tijd en het is niet ongebruikelijk dat de bedrijfsvoering dan even wordt stilgelegd, zodat de curator de gelegenheid krijgt om de situatie te overzien en er in die periode geen onnodige boedelkosten worden gemaakt. Zodra de curator heeft kunnen bepalen welke stappen er genomen dienen te worden, kan de bedrijfsvoering weer worden opgepakt om lopende zaken af te wikkelen en bijvoorbeeld de nog aanwezige voorraad te verkopen.

Er zijn echter situaties waarin een dergelijke plotselinge stilval van de bedrijfsvoering tot gevolg heeft dat de economische schade voor de schuldeisers, de werknemers en andere betrokkenen in korte tijd snel toeneemt. Daarvan is onder meer sprake wanneer de stilval van de onderneming ertoe leidt dat de waarde van de boedelactiva snel daalt. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om nog rendabele bedrijfsonderdelen die in aanmerking komen voor een doorstart, maar ook om een voorraad die beperkt houdbaar is. Als de bedrijfsvoering wordt stilgelegd en er geen leveringen meer plaatsvinden, bestaat er een aanzienlijk risico dat klanten weg zullen lopen en op zoek zullen gaan naar een andere leverancier, en dat de uiterste verkoopdatum van de voorraad snel nadert. De stilval van de onderneming kan dan tot gevolg hebben dat de kans op een optimaal resultaat bij de verkoop van deze boedelactiva afneemt, waardoor de uiteindelijke boedelopbrengst lager uitvalt, zodat de schuldeisers aan het eind van het faillissement minder uitbetaald krijgen, en minder werknemers hun baan kunnen behouden. Een dergelijke risico op aanzienlijk waardeverlies als gevolg van een plotselinge stilval van de bedrijfsvoering deed zich voor bij het faillissement van de Groningse garnalenverwerker Heiploeg. Ook kan een plotselinge stilval van de onderneming leiden tot aanzienlijk meer maatschappelijke schade. Dergelijke schade doet zich al voor wanneer er bij een faillissement veel werkgelegenheid verloren gaat, wat een gevaar was dat ook bij het Heiploeg faillissement speelde. Een risico op onevenredige maatschappelijke schade speelt echter des te meer bij faillissementen van ondernemingen die actief zijn in de semipublieke sector – zoals de zorgsector en onderwijssector – of op een andere manier goederen of diensten leveren die van groot maatschappelijk belang zijn en waarbij het belangrijk is dat wordt voorkomen dat de levering daarvan plotseling komt stil te vallen. Hiervan was bijvoorbeeld sprake bij de faillissementen van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, kinderopvangorganisatie Estro en dienstverlener op het gebied van elektrotechniek, automatisering en werktuigbouw Imtech.

Aan de vier genoemde faillissementen ging een stille voorbereidingsfase vooraf en nadien concludeerden de betrokken beoogd curatoren in hun faillissementsverslag dat de voorbereiding van het faillissement meerwaarde heeft gehad voor de betrokkenen schuldeisers, werknemers en

afnemers.¹ Voor de laatste drie faillissementen geldt dat na de faillietverklaring een doorstart plaatsvond, maar dat de aanwijzing van een beoogd curator in het kader van de voorbereiding van deze faillissementen vanuit maatschappelijk oogpunt ook meerwaarde zou hebben gehad wanneer een doorstart niet mogelijk zou zijn geweest. Ook dan was het van groot belang geweest om een plotselinge stilval van de bedrijfsvoering te voorkomen en ervoor te zorgen dat deze na de faillietverklaring tenminste nog enige tijd door de curator zou kunnen worden voortgezet, zodat de patiënten van het ziekenhuis, de ouders van de kinderen die werden opgevangen en de afnemers van de technische diensten niet van het ene op het andere moment verstoken zouden zijn geweest van respectievelijk medische zorg, kinderopvang en technische ondersteuning en er gelegenheid zou zijn geweest om een andere leverancier voor de betreffende diensten en producten te vinden. Met de aanwijzing van een beoogd curator kan een plotselinge stilval van de onderneming voorkomen worden. De beoogd curator heeft dan immers de mogelijkheid zich al voor het faillissement de bijzonderheden van de onderneming eigen te maken, waardoor hij na de faillietverklaring voortvarend zijn taak kan oppakken en de bedrijfsvoering gecontinueerd kan worden, zodat bij een doorstart van bedrijfsonderdelen qua opbrengst en behoud van werkgelegenheid een optimaal resultaat behaald kan worden of maatschappelijke schade aanzienlijk beperkt kan worden.

De leden van de VVD-fractie wijzen op pagina 9 van de memorie van toelichting waar is opgemerkt dat de aanwijzing van een beoogd curator ertoe kan bijdragen dat er in stilte alsnog een oplossing voor de financiële problemen wordt gevonden. Zij vragen de regering wat de opvatting is over het niet alleen laten uitmaken van deze mogelijkheid als onderdeel van de meerwaarde als vermeld in artikel 363, eerste lid, van het wetsvoorstel, maar dit ook te laten behoren tot het met de aanwijzing beoogde doel, zoals opgenomen in artikel 363, vierde lid, van het wetsvoorstel.

Op basis van artikel 363, eerste lid, derde zin, geldt dat de aanwijzing van een beoogd curator «meerwaarde» heeft wanneer een faillissement zeer waarschijnlijk aanstaande is en de aanwijzing ertoe kan leiden dat de schade die hieruit voortvloeit voor de schuldeisers, de werknemers en andere betrokkenen kan worden beperkt. Met dit doel wordt de beoogd curator betrokken bij de voorbereiding van het faillissement en behartigt hij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen (artikelen 363, vierde lid, en 364, eerste lid). Dit neemt niet weg dat de huidige «pre-pack praktijk» laat zien dat het ook voorkomt dat tijdens de stille voorbereidingsfase blijkt dat een faillissement alsnog kan worden afgewend. Als de aanwijzing van de beoogd curator daarbij een rol heeft gespeeld, is dit uiteraard toe te juichen. Het past ook bij zijn taak als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen, dat de beoogd curator tijdens de stille voorbereidingsfase oog heeft voor eventuele mogelijkheden om een faillissement te voorkomen. Mocht hij menen dat die mogelijkheden er zijn, dan ligt het op zijn weg om het bestuur en zijn adviseurs hierop te wijzen. Het redden van de onderneming is echter geen zelfstandige reden om een beoogd curator aan te wijzen en is daarmee dus ook geen onderdeel van de meerwaarde en het doel van de aanwijzing, als bedoeld in respectievelijk

¹ Zie voor nadere informatie de eerste verslagen in de faillissementen van Heiploeg Holding B.V. c.s., de Stichting Ruwaard van Puttenziekenhuis, de Estro Groep B.V. c.s. en Royal Imtech N.V. c.s. die zijn gepubliceerd op de websites van de curatoren: http://www.dorhout.nl/faillissementen?bedrijven_page=2; http://www.dvdw.nl/media/112055/f.09.13.531_st_ruwaard_van_puttenziekenhuis_-_openbaar_verslag_1.pdf; http://www.boekel.com/media/1137967/openbaar_verslag_1a_inzake_estro__stille_bewindvoering_.pdf en <https://www.faillissementimtech.nl/media/roy-1.pdf>.

artikel 363, eerste en vierde lid. Immers als de beoogd curator met dit doel zou worden aangewezen, dan zou dit hem primair in de positie brengen van adviseur van het bestuur dat vooral oog moet hebben voor het belang van de onderneming. Zoals ik in de memorie van toelichting heb opgemerkt, is dit niet de bedoeling, omdat dit al snel zal kunnen conflicteren met de wettelijke rol van de beoogd curator als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en andere betrokkenen gelet op het waarschijnlijk aanstaande faillissement.²

De leden van de VVD-fractie merken op dat uit een passage op pagina 11 van de memorie van toelichting lijkt te volgen dat bedrijven die een betalingsregeling met de Belastingdienst hebben getroffen en deze niet tijdig nakomen, niet in aanmerking kunnen komen voor de stille voorbereidingsfase als bedoeld in artikel 363, eerste lid, van het wetsvoorstel. Zij vragen zich af of deze uitleg nadelig uit zou kunnen pakken voor bedrijven die hun betalingsonmacht bij de Belastingdienst hebben gemeld en of dit niet onwenselijk is, omdat een dergelijke «sanctie» ertoe zou kunnen leiden dat bedrijven het melden van hun betalingsonmacht zo lang mogelijk uitstellen. Deze leden vragen of het de bedoeling is dat deze restrictieve uitleg in alle omstandigheden dient te worden toegepast. Voorts vernemen deze leden graag van de regering of de stille voorbereidingsfase ook van toepassing kan zijn in de situatie dat een schuldenaar verkeert in «*de toestand van opgehouden hebben te betalen*», maar nog wel de lopende verplichtingen kan voldoen. Dat is bijvoorbeeld het geval in de situatie dat kredieten zijn opgezegd. Wanneer een onderneming niet meer aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen kan voldoen, dient het bestuur dit op grond van artikel 36 van de Invorderingswet tijdig aan de Belastingdienst te melden (de melding betalingsonmacht). Blijft een melding betalingsonmacht uit, dan geldt op basis van artikel 36 lid 4 van de Invorderingswet een wettelijk vermoeden van kennelijk onbehoorlijk bestuur en riskeren de bestuurders persoonlijk aansprakelijk te zijn voor de belastingschuld jegens de Belastingdienst. In het Uitvoeringsbesluit Invorderingswet 1990 is nader bepaald dat de melding moet worden gedaan uiterlijk twee weken na de dag waarop de belastingen betaald hadden moeten worden. Gelet op de mogelijke aansprakelijkheid van de bestuurders, acht ik een risico dat de voorstelde regeling ertoe zou kunnen leiden dat bestuurders de melding betalingsonmacht gaan uitstellen, verwaarloosbaar. Bovendien geldt op grond van het voorgestelde artikel 363, eerste lid, dat wanneer een onderneming zich in de situatie bevindt waarin de bestuurders verplicht zouden zijn om deze melding te doen, de aanwijzing van een beoogd curator al niet meer mogelijk zou zijn. Voor de toewijzing door de rechtbank van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator geldt op basis van artikel 363, eerste lid, immers dat er nog voldoende middelen aanwezig moeten zijn om tijdens de stille voorbereidingsfase de lopende betalingsverplichtingen die in die fase opeisbaar worden en nieuwe schulden die in die fase ontstaan te kunnen voldoen. In aansluiting hierbij is in de memorie van toelichting opgemerkt dat dit ook geldt voor fiscale betalingsverplichtingen die tijdens de stille voorbereidingsfase opeisbaar worden.³ Bij het aanwijzingsverzoek zal het bestuur een liquiditeitsprognose voor de korte termijn moeten overleggen, zodat de rechtbank op basis daarvan kan vaststellen of de onderneming hiertoe nog in staat is.⁴ Blijkt dit niet het geval, dan wordt het aanwijzingsverzoek reeds op die grond afgewezen. Heeft de bank het krediet opgezegd, maar zijn er desondanks nog voldoende middelen om de lopende betalingsverplicht-

² Kamerstukken II 2014–2015, 34 218, nr. 3, p. 19.

³ Kamerstukken II 2014–2015, 34 218, nr. 3, p. 11.

⁴ Kamerstukken II 2014–2015, 34 218, nr. 3, p. 48.

tingen die tijdens de stille voorbereidingsfase opeisbaar zullen worden te voldoen, dan kan de rechtbank het aanwijzingsverzoek toewijzen en is een stille voorbereidingsfase nog steeds mogelijk.

De Minister van Veiligheid en Justitie,
S.A. Blok