

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Directie Wetgeving
Sectie Privaatrecht
T.a.v. dhr. mr. E. Schmieman
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Den Haag, 30 januari 2014

Kenmerk: B14.07
Betreft: Consultatie voorontwerp Wet continuïteit ondernemingen I

Geachte heer Schmiemann,

Graag maakt Eumedion gebruik van de mogelijkheid te reageren op het consultatiedocument d.d. 22 oktober 2013 betreffende het voorontwerp van de Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: het voorontwerp). Het voorontwerp bevat een regeling op basis waarvan de rechtbank in de aanloop naar een vermoedelijk faillissement alvast een beoogd curator kan aanwijzen die betrokken wordt bij de onderneming van de schuldenaar met de bedoeling een doorstart in faillissement te faciliteren (de zogeheten 'pre-pack'). Het voorontwerp is onderdeel van een meer omvattende herzieningsprogramma voor de Nederlandse faillissementswetgeving, dat berust op drie pijlers:

- (i) fraudebestrijding;
- (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en
- (iii) modernisering van de faillissementsprocedure.¹

Relevantie

Bij de beoordeling van voorgenomen wetgeving heeft Eumedion de gewoonte zich allereerst de vraag te stellen of de regeling wezenlijk relevant is voor institutionele beleggers die aandelen houden in Nederlandse beursvennootschappen. Deze vraag was voor onderhavig voorontwerp niet erg lastig te beantwoorden. Het wetsvoorstel kent een brede werkingssfeer en is van toepassing op alle ondernemingen, en in beginsel dus ook op statutair in Nederland gevestigde vennootschappen waarvan effecten zijn toegelaten tot de handel op een gereguleerde markt (hierna:

¹ Brief van de minister van Veiligheid & Justitie van 26 november 2012 (Kamerstukken II 2012/13, 29 911, nr. 74).

beursvennootschappen). Faillissementen zijn bovendien bij Nederlandse beursvennootschappen in de voorbije jaren bepaald geen onbekend verschijnsel gebleken. De geruchtmakende faillissementen van KPN Qwest N.V., Van der Hoop bankiers N.V., Van der Moolen Holding N.V., Innoconcepts N.V., en Landis Groep N.V. liggen vele institutionele beleggers nog pijnlijk vers in het geheugen. Daar komt bij dat institutionele beleggers sinds de invoering van de zogeheten Interventiewet en de brute onteigening van aandeelhouders die op basis van die wet heeft plaatsgehad met enige argwaan nieuw voorgestelde wetgeving beschouwen welke ten doel heeft te anticiperen op mogelijke faillissementen van ondernemingen waarin zij (potentieel) investeren. Het is wetsvoorstel is dus relevant voor de Eumedion-deelnemers.

I Algemeen

Eumedion onderschrijft de tweeledige doelstelling van het wetsvoorstel om (i) de structurele en doelmatige afwikkeling van faillissementen te bespoedigen en (ii) de doorstart van gezonde onderdelen sneller te laten plaatsvinden. Tegelijkertijd constateren wij op basis van de juridische literatuur en andere consultaties dat er een wezenlijk verschil van inzicht bestaat over de noodzaak van het wetsvoorstel. Zo betwist de adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse orde van advocaten in haar commentaar dat er sprake van een lacune in de praktijk. De Nijmeegse hoogleraar en advocaat Van Hees, een erkend expert op het terrein van de juridische aspecten van herstructurerings, is daarentegen een warm voorstander van het wetsvoorstel.² Gelet op dit debat, zou het ministerie er verstandig aan doen de noodzaak van het wetsvoorstel nader te onderbouwen in de toelichting, door bijvoorbeeld de goed geslaagde 'proeven in de praktijk', waarover in de toelichting op het voorontwerp op verschillende plekken wordt gerept, nader uit te werken.

II Verzoek tot aanwijzing

Aan een aanwijzing tot een beoogd curator door de rechtbank dient een verzoek van de *schuldenaar* (ondernemer) ten grondslag te liggen.³ Van belang is hierbij dat het voorontwerp mede is afgeleid van de Britse wetgeving inzake 'Prepackaged insolvencies' waarin een 'administrator' kan worden benoemd. Onder de Britse wetgeving kunnen schuldeisers het initiatief nemen om een administrator te benoemen. Dit roept de vraag op waarom in het voorontwerp er niet voor is gekozen om, naast de schuldenaar, ook (de gezamenlijke) schuldeisers de mogelijkheid te geven een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator in te dienen. Het bieden van de mogelijkheid aan schuldeisers om een verzoekschrift tot aanwijzing van een beoogd curator in te dienen kan tevens bevorderen dat met de aanwijzing werkelijk de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden gediend.⁴ In de toelichting op het voorontwerp wordt ook opgemerkt dat het voor de hand ligt dat de schuldenaar bij zijn verzoekschrift een plan overlegt waarin hij uiteenzet welke stappen hij in de periode volgend op de aanwijzing denkt te gaan nemen en welke rol de stille curator hierin zou kunnen spelen.⁵ Eumedion is het er roerend mee eens dat een dergelijk door de verzoeker in te dienen plan voor de hand ligt en

² Voordracht prof. mr. J. van Hees, Van der Heijdencongres, Nijmegen, 15 november 2013.

³ Conceptartikel 363 lid 1 Faillissementswet.

⁴ Conceptartikel 363 lid 2 sub a Faillissementswet.

⁵ Concept memorie van toelichting p. 17.

vraagt zich af waarom dit niet als vereiste in de conceptwettekst is opgenomen. Eumedion geeft in overweging beide aspecten te betrekken bij de vervolmaking van het definitieve wetsvoorstel.

III Wat gaat de beoogde curator precies doen?

Wie het voorontwerp en de bijhorende toelichting leest, krijgt een duidelijk beeld wat de beoogde curator na aanwijzing door rechtbank *niet* gaat doen en waarvoor hij *niet* verantwoordelijk is. De curator heeft niet dezelfde bevoegdheden als in een faillissementssituatie en de beoogde curator zal, anders dan de stille curator uit de financiële toezichtwetgeving, evenmin de beheers- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar kunnen aantasten. Hij kan de onderneming dus niet dwingen om bepaalde handelingen wel of niet te verrichten. Hij is verder geen adviseur en heeft ten opzichte van de onderneming geen enkele verplichting (uitgezonderd de geheimhoudingsplicht).⁶

Wat de curator *wel* gaat doen, lijkt wat minder evident. Als wij het goed doorzien, wordt van de beoogde curator weinig verlangd, maar heeft hij wel tot taak om zich alvast te verdiepen in de gang van zaken in de onderneming met het oog op een mogelijk faillissement. Een ‘verplichte warming up’ dus. Daarbij heeft de curator overigens geen algemeen recht op het verkrijgen van informatie van de onderneming, wat zijn voorbereidingsstaak niet eenvoudiger maakt. Overwogen kan worden een dergelijk inlichtingenrecht alsnog aan de beoogde curator toe te kennen.

De onderneming kan de curator vragen hoe de curator in een eventueel faillissement zal oordelen over rechtshandelingen en de curator zal de schuldenaar kunnen meegeven welke voorbereidingen kunnen worden getrokken om om de afwikkeling van een eventueel faillissement te bespoedigen.⁷ Eumedion meent dat met een dergelijke gedachtewisseling kostbare tijdwinst kan worden geboekt.

Het lijkt Eumedion juist dat de beoogde curator bij zijn handelen steeds de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als uitgangspunt dient te nemen.⁸ Het is van wezenlijk belang dat de beoogde curator deze verantwoordelijkheid in voldoende onafhankelijkheid kan vormgeven. Het gegeven dat het salaris van de beoogde curator, anders dan in faillissement, in beginsel wordt betaald door de onderneming en dat de beoogde curator, zonder instemming van de onderneming, niet zelf contact mag leggen met schuldeisers of aandeelhouders, zou het dienen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers voor de beoogde curator onder omstandigheden tot een lastige taak kunnen maken. Eumedion zou het op prijs stellen wanneer bij het definitieve wetsvoorstel nader bij bovengenoemde aspecten wordt stilgestaan.

IV Beslotenheid

Het besloten karakter van de ‘pre pack’ wordt in de conceptwettekst en in de concepttoelichting ten eenenmale benadrukt. Zo vindt de zitting bij de rechtbank achter gesloten deuren plaats, wordt de

⁶ Concepttoelichting p. 21.

⁷ Conceptartikel 365 lid 2 Faillissementswet.

⁸ Conceptartikel 365 lid 1 Faillissementswet.

beschikking niet openbaar gemaakt en is de beoogde curator gebonden aan een geheimhoudingsplicht. Deze 'wettelijk verplichte stilte' wordt in de toelichting gemotiveerd door er op te wijzen dat openheid over ernstige financiële problemen mogelijk leidt tot waardeverlies, negatieve publiciteit en als gevolg daarvan een ongecontroleerd proces.⁹

Eumedion betwijfelt of deze argumentatie ten aanzien van beursondernemingen wel hout snijdt. Beursvennootschappen zijn immers gehouden om koersgevoelige informatie onverwijld openbaar te maken (art. 5:25i, tweede lid, Wft). Ernstige financiële problemen zijn zonder meer als koersgevoelig te kwalificeren. Een beursvennootschap waarbij dergelijke omstandigheden blijken, zal in de beginsel een winstwaarschuwing moeten geven.

Wanneer een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator bij een beursvennootschap aan de orde komt, zal openbaarheid dus het uitgangspunt zijn. Ook een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator zal immers naar verwachting als koersgevoelig kwalificeren. Het wetsvoorstel kan transparantievereisten voortkomend uit de marktmisbruikregelgeving niet zomaar opzij zetten.

Mogelijk gaat het ministerie ervan uit dat openbaarmaking van de aanwijzing van de curator kan worden uitgesteld vanwege een 'rechtmatig belang' dat met het uitstel gediend zou zijn, maar dat blijkt niet uit de concepttoelichting.¹⁰ Hoe dan ook, gelet op het uitgangspunt van openbaarheid, meent Eumedion dat er weinig bezwaar is om in elk geval ten aanzien van beursvennootschappen de zitting in de openbaarheid te houden en ook de beschikking van de rechtbank, alsmede het eindverslag van de beoogd curator te publiceren. Eumedion adviseert het wetsvoorstel en de toelichting op deze punten aan te passen en waar nodig aan te vullen.

V Banken en verzekeraars

Het voorontwerp heeft als gezegd betrekking op alle Nederlandse ondernemingen, ongeacht rechtsvorm en activiteiten. Voor banken en verzekeraars roept dit de vraag op hoe de 'pre pack' zich zal verhouden tot de bijzondere maatregelen die de Nederlandsche Bank kan treffen indien een bank of verzekeraar in een precaire financiële toestand is geraakt waarbij een faillissement niet kan worden uitgesloten. Te denken valt aan de resolutiemaatregelen, bedoeld in artikel 3:159 Wft e.v. en de benoeming van de stille curator, zonder tussenkomst van de rechtbank, op grond van artikel 1:76 Wft. Deze maatregelen kennen weliswaar een deels andere doelstelling en inhoud dan de aanwijzing van de beoogd curator op grond van het voorontwerp, maar hebben betrekking op een vergelijkbare financiële toestand van de onderneming in kwestie.¹¹ Zou zich bijvoorbeeld de situatie kunnen

⁹ Concepttoelichting p. 12.

¹⁰ Artikel 5:25i, derde lid, Wft en artikel 4 Besluit marktmisbruik Wft.

¹¹ De betreffende wetgeving zal worden aangepast bij de implementatie van de, voor zover ons bekend, nog niet officieel gepubliceerde Europese richtlijn betreffende een raamwerk voor het herstel en de afwikkeling van kredietinstellingen en beleggingsondernemingen.

voordoen dat er bij een bank of verzekeraar gelijktijdig een stille curator als bedoeld in de Wft en een beoogd curator in de zin van het voorontwerp functioneren? Eumedion geeft in overweging in de toelichting op het finale wetsvoorstel nader in te gaan op de samenhang van het voorontwerp met bedoelde onderdelen van de Wft.

VI Misbruik

In de literatuur en in enkele reacties van andere respondenten wordt gewaarschuwd voor het risico van misbruik van de in het voorontwerp voorgestelde regeling. Kort gezegd houden deze waarschuwingen in dat de regeling de drempel lager maakt om een faillissement oneigenlijk te benutten om schuldeisers, aandeelhouders en personeel af te schudden en vervolgens een doorstart te maken. Eumedion vertrouwt op de motivering van het ministerie in de toelichting dat het voorontwerp dit misbruik niet zal vergemakkelijken.¹² Edoch, het lijkt het ons niet onverstandig om ook in de conceptwettekst zelf elementen toe te voegen om de kans op misbruik te verkleinen. Wij zien hiervoor de volgende mogelijkheden:

- Bepaal in conceptartikel 363 lid 1 Faillissementswet dat de twee daargenoemde criteria voor aanwijzing van de beoogde curator cumulatieve in plaats van alternatieve criteria betreffen. Dit kan eenvoudig door aan het slot van sub a het woordje 'of' te vervangen door 'en'.
- Voeg een derde en vierde cumulatief criterium toe, die beide reeds worden genoemd in de concepttoelichting. Het betreft:
 - c) de onderneming in ernstige financiële problemen verkeert;
 - d) duurzame continuering van de onderneming of bedrijfsonderdelen een aannemelijk vooruitzicht is.

Wij zijn uiteraard graag bereid ons commentaar nader toe te lichten. Onze contactpersoon is Wouter Kuijpers (wouter.kuijpers@eumedion.nl, tel. 070 20 40 302).

Met vriendelijke groet,

Rients Abma
Directeur Eumedion
Zuid Hollandlaan 7
2596 AL DEN HAAG

¹² Concepttoelichting p. 3 en 10.