

> **Retouradres** Postbus 16228 2500 BE Den Haag

Aan de Minister voor Rechtsbescherming
De heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

**ATR, Adviescollege
toetsing regeldruk**
Rijnstraat 50
2515 XP Den Haag

Postbus 16228
2500 BE Den Haag

T 070 310 86 66
E info@atr-regeldruk.nl
www.atr-regeldruk.nl

Onze referentie MvH/RvZ/WS/cd/ATR1764/2021-U057

Uw referentie

Datum 24 juni 2021
Betreft Wijziging WCO 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

Geachte heer Dekker,

Op 25 mei 2021 heeft u aan het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) 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' (novelle WCO I) voor advies aangeboden.

Aanleiding, context en inhoud

De novelle WCO I strekt tot aanpassing van de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I), die momenteel in behandeling is bij de Eerste Kamer. WCO I voorziet in een wettelijke basis voor de zogenaamde pre-pack methode of stille voorbereidingsfase voorafgaand aan een (eventueel) faillissement. Deze methode houdt in dat de rechtbank op verzoek van een schuldenaar die een onderneming drijft, al voor de faillietverklaring in stilte aanwijst wie zij zal aanstellen als curator (beoogd curator) en zal benoemen tot rechter-commissaris (beoogd rechter-commissaris) mocht het tot een faillissement komen. Doel hierbij is om het faillissement in relatieve rust te kunnen voorbereiden, zodat de daaruit voortvloeiende schade voor de betrokken schuldeisers, werknemers en afnemers zo veel mogelijk kan worden beperkt. Vaak wordt dan ook bekeken of een overgang van de onderneming (doorstart) mogelijk is.

Door onduidelijkheid over de rechtsbescherming van medewerkers in geval van een pre-pack methode wordt deze methode in de praktijk nauwelijks meer toegepast. Dit terwijl zich situaties hebben voorgedaan, waarin dit vanuit maatschappelijk oogpunt zeer wenselijk zou zijn geweest. In dat kader wijst de toelichting bij de novelle WCO I ter illustratie op het faillissement van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, waarover ook de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) heeft gerapporteerd. De toelichting stelt vast dat er meer gevallen denkbaar zijn waarin het vanuit maatschappelijk oogpunt wenselijk is dat een faillissement, dat in het algemeen een ontwrichtend effect heeft op activiteiten binnen een onderneming of instelling, zorgvuldig en gecontroleerd wordt afgewikkeld. Dit met het oog op de belangen van degenen voor

wie die onderneming of instelling zijn activiteiten ontplooit. Te denken valt bijvoorbeeld aan onderwijs- en jeugdzorginstellingen.

De novelle WCO I wijzigt het wetsvoorstel WCO I onder meer op de volgende punten:

- Beperking toepassingsbereik: het toepassingsbereik van WCO I wordt beperkt tot schuldenaren van een onderneming waarbinnen activiteiten worden verricht waarmee maatschappelijke belangen gediend zijn. Welke maatschappelijke activiteiten dit betreft is gelet op de omstandigheden van het geval of veranderingen in de tijd niet gedefinieerd (open norm).
- Beperking meerwaarde: het verzoek tot toewijzing van een beoogd curator kan alleen worden toegewezen als de schuldenaar aannemelijk maakt dat de stille voorbereidingsfase een dusdanige meerwaarde heeft, dat deze opweegt tegen de omstandigheid dat deze in stilte plaatsvindt. De meerwaarde (en het primaire doel voor de aanwijzing van een beoogd curator) wordt in dit voorstel beperkt tot de voorbereiding van het faillissement met het oog op een gecontroleerde en zorgvuldige afwikkeling van de activiteiten die van maatschappelijk belang zijn. De meerwaarde bestaat dus niet (meer) in het vergroten van de kans op een doorstart c.q. de continuering van (onderdelen van) de onderneming.

De positie van de werknemers verandert door deze novelle niet.

Toetsingskader

ATR beoordeelt de gevolgen voor de regeldruk aan de hand van het volgende toetsingskader:

1. Nuloptie (nut en noodzaak): is er een taak voor de overheid en is wetgeving het meest aangewezen instrument?
2. Zijn er minder belastende alternatieven mogelijk?
3. Is gekozen voor een uitvoeringswijze die werkbaar is voor de doelgroepen die de wetgeving moeten naleven?
4. Zijn de gevolgen voor de regeldruk volledig en juist in beeld gebracht?

1. Nut en noodzaak

De toelichting bij de novelle geeft aan dat de wijzigingen van het wetsvoorstel WCO I de verdere behandeling van dit wetsvoorstel mogelijk moeten maken, zodat de stille voorbereidingsfase kan worden gebruikt in geval van een dreigend faillissement van ondernemingen met een maatschappelijk belang. Als voorbeeld noemt de toelichting de ervaringen met de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, waarover ook de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV) heeft gerapporteerd. De toelichting geeft aan dat – gelet op de ontwrichtende werking van een faillissement – meer situaties denkbaar zijn dan alleen ziekenhuisfaillissementen, waarin het met het oog op het maatschappelijk belang wenselijk is dat de dienstverlening gecontroleerd wordt afgewikkeld en eventueel wordt overgedragen of tijdelijk gecontinueerd. Te denken valt aan bijvoorbeeld jeugdzorg- en onderwijsinstellingen, energieleveranciers en afvalverwerkingsbedrijven. De stille voorbereidingsfase biedt niet alleen ruimte om diegenen die gebruik maken van die dienstverlening, onder te brengen bij een andere dienstverlener. Zij stelt de curator ook in de gelegenheid om rekening te houden met de specifieke wet- en regelgeving die vaak op dit type ondernemingen en instellingen van toepassing is om de kwaliteit en continuïteit van hun dienstverlening te waarborgen.

Volgens de toelichting kan de vraag of iets het maatschappelijk belang dient, afhangen van de omstandigheden van het geval of van ontwikkelingen in de tijd. Daarom is in het wetsvoorstel gekozen voor een open norm op basis waarvan de rechter aan de hand van de omstandigheden van het geval bepaalt of sprake is van een onderneming die activiteiten verricht waarmee belangen van maatschappelijke aard worden gediend. In de internetconsultatie is de vraag voorgelegd of dit voldoende duidelijkheid biedt als het gaat om de vraag voor welke ondernemingen de voorgestelde regeling is bedoeld en zo niet, op welke wijze dit nader geconcretiseerd zou kunnen worden.

Het college stelt vast dat het wetsvoorstel WCO I bedoeld is om de stille voorbereidingsfase mogelijk te maken voor *alle* ondernemingen die baat hebben bij een dergelijke methode. De behandeling van het voorstel is echter door genoemde omstandigheden vertraagd. Tegelijkertijd is gebleken dat het gewenst is dat een aantal *specifieke* ondernemingen die een maatschappelijk belang dienen, de stille voorbereidingsfase bij een dreigend faillissement kunnen inzetten om het door hen gediende maatschappelijk belang te borgen. Voor deze specifieke ondernemingen is de novelle WCO I in procedure gebracht. Gelet op dit doel ligt het in de rede dat de novelle zich op alleen deze situaties richt en niet een open norm hanteert die ertoe kan leiden dat de novelle de brede toepassing van het wetsvoorstel WCO I benadert.

1.1 Het college adviseert expliciet af te bakenen op welke ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen gediend zijn, de novelle ziet en welke maatschappelijke belangen dit betreft.

2. Minder belastende alternatieven

Doel van de novelle is om het wetsvoorstel WCO I zodanig te wijzigen dat ondernemingen met activiteiten met een maatschappelijke functie weer gebruik kunnen maken van de stille voorbereidingsfase. Minder belastende alternatieven zijn volgens de toelichting op dit punt niet aan de orde. Het college merkt daarbij op dat het op dit moment nog niet duidelijk is of de voorliggende regelgeving voor bestuurders voldoende stimulans biedt om de rechtbank om een stille voorbereidingsfase te verzoeken en – als dat niet zo is – of dit wellicht wettelijk geregeld moet worden of dat de regeling op andere gronden versterkt moet worden. Deze vraag ligt namelijk nog voor in de internetconsultatie. Daardoor is het op dit moment nog niet duidelijk of gekozen zal worden voor het minst belastende alternatief.

3. Werkbaarheid

Een schuldenaar die gebruik wil maken van de stille voorbereidingsfase, moet aannemelijk maken dat zijn onderneming activiteiten verricht met een voldoende groot maatschappelijk belang. De schuldenaar moet aantonen dat een 'zachte landing' de schade voor de betrokkenen en daarmee voor de samenleving aanzienlijk kan beperken. Het gaat dan bijvoorbeeld om patiënten van een ziekenhuis of cliënten van een jeugdzorginstelling. Zoals onder toetsvraag 1 is aangegeven, hanteert de novelle een open norm als het gaat om de vraag welke ondernemingen gezien kunnen worden als ondernemingen die activiteiten verrichten met een maatschappelijk belang. Soms zal dit gemakkelijk vast te stellen zijn, bijvoorbeeld in geval van een ziekenhuis. In andere gevallen zal dat moeilijker zijn. Dit heeft ook consequenties voor de werkbaarheid van de novelle. Als niet duidelijk is welke maatschappelijke belangen de novelle betreft, is ook niet duidelijk of en hoe een schuldenaar de meerwaarde van de stille voorbereidingsfase

kan aantonen. Adviespunt 1.1 is daarmee ook van belang voor de werkbaarheid van de novelle.

4. Gevolgen regeldruk

Het wetsvoorstel bevat een regeldrukparagraaf. Hierin wordt verwezen naar de beschrijving van de regeldruk en financiële gevolgen in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel WCO I. Deze geeft aan dat de schuldenaar die de rechtbank om een stille voorbereidingsfase verzoekt, te maken krijgt met informatieverplichtingen die slechts ontstaan wanneer ondernemers er zelf voor kiezen om de rechtbank, de toekomstig curator en rechter-commissaris bij de voorbereiding van een mogelijk faillissement te betrekken. Deze informatiekosten zijn volgens de toelichting bij WCO I geen nieuwe inhoudelijke nalevingskosten. Daarnaast geeft de toelichting bij de novelle aan dat het toepassingsbereik van WCO I wordt beperkt, wat op zichzelf geen wijziging oplevert voor de WCO I omschreven regeldruk. Desondanks bevat de regeldrukparagraaf wel een regeldrukberekening. Dit heeft te maken met de vaststelling dat het voor bestuurders van ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang feitelijk verplicht is om gebruik te maken van de stille voorbereidingsfase, gelet op de vereiste zorgvuldigheid die (ook) dergelijke bestuurders moeten betrachten. Daarom wordt de (extra) regeldruk in beeld gebracht die te maken heeft met het opstellen, onderbouwen en indienen van een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Deze kosten worden geschat op in totaal 624 euro. Het college plaatst de volgende kanttekeningen bij de berekening:

- In de regeldrukberekening wordt het aantal van 20 schuldenaren gehanteerd. Niet duidelijk is waar dit aantal op is gebaseerd. Gelet op het brede scala aan ondernemingen, dat in de toelichting wordt genoemd, kan het aantal (veel) hoger kunnen liggen. Een nadere invulling van de open norm voor het type ondernemingen dat de novelle betreft, kan hier meer duidelijkheid over geven.
- De regeldrukberekening lijkt de werkelijke kosten te onderschatten. De novelle regelt immers dat een schuldenaar een onderbouwd verzoek moet indienen, waarin de meerwaarde van de stille voorbereidingsfase en van de 'zachte landing' van de (maatschappelijke) belangen van degenen voor wie de onderneming zijn activiteiten van maatschappelijk belang ontplooit wordt aangetoond, zoals bijvoorbeeld in geval van een ziekenhuis. Hierbij geldt ook dat op deze ondernemingen bijzondere wetgeving van toepassing kan zijn, wat de situatie nog complexer kan maken.
- Eventuele (extra) regeldrukgevolgen voor bijvoorbeeld curatoren zijn niet benoemd. Naar verwachting zijn die regeldrukgevolgen er wel, gelet op de hiervoor genoemde complexe wetgeving die door curatoren tijdens de stille voorbereidingsfase in beschouwing genomen moet worden.

4.1 Het college adviseert de regeldrukgevolgen in kaart te brengen conform de Rijksbrede methodiek.

Dictum

Gelet op bovengenoemde bevindingen is het eindoordeel ten aanzien van de consultatieversie van dit voorstel:

Niet indienen tenzij met de adviespunten rekening wordt gehouden

Het college deelt het beeld dat onvoorbereide faillissementen van ondernemingen die maatschappelijke belangen dienen, kunnen leiden tot maatschappelijke en persoonlijke

schade. Een zorgvuldige voorbereiding van een dergelijk faillissement met gebruikmaking van een wettelijk geborgde pre-pack methode of stille voorbereidingsfase kan hierbij van nut zijn. Daarbij is het wel noodzakelijk nader af te bakenen om welke ondernemingen en maatschappelijke belangen het gaat. Dit is niet alleen relevant voor de betrokkenen, maar ook om nut en noodzaak, de werkbaarheid, de regeldruk en daarmee de proportionaliteit van de maatregel te kunnen beoordelen.

In de verwachting u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd,

Hoogachtend,

w.g.

M.A. van Hees
Voorzitter

R.W. van Zijp
Secretaris