

De minister voor Rechtsbescherming,
De heer Dhr. Drs. S (Sander) Dekker

E-mail [REDACTED]



FNV
Hertogswetering 159
3543 AS Utrecht

[REDACTED]



CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht

[REDACTED]



VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage

[REDACTED]

Datum
21 april 2021

Uw kenmerk

Ons kenmerk
[REDACTED]

Telefoonnr.
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Onderwerp
Reactie op consultatie voorontwerp
Implementatiewet richtlijn herstructurering
en insolventie

E-mail
[REDACTED]

Geachte heer Dekker,

FNV, CNV en VCP (hierna: de vakcentrales) hebben besloten om gezamenlijk te reageren op het voor internetconsultatie gepubliceerde voorontwerp Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (hierna: het wetsvoorstel). Voor de vakcentrales zijn vooral de artikelen (hierna: artt.) 3 en 19 van de Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (hierna: de richtlijn) in onderling verband gezien van belang.

Vroegtijdige waarschuwing en toegang tot informatie (art. 3 van de richtlijn);
verplichtingen van bestuurders bij een dreigende insolventie (art. 19 van de richtlijn)

De richtlijn

Krachtens artikel (hierna: art.) 3 van de richtlijn moeten de lidstaten ervoor zorgen dat schuldenaren toegang hebben tot één of meer duidelijke en transparante instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing waarmee omstandigheden kunnen worden opgespoord die kunnen leiden tot dreigende insolventie en waarmee hen kan worden gesignaleerd dat onverwijld actie moet worden ondernomen.

Instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing kunnen het volgende omvatten:

a) waarschuwingsmechanismen indien de schuldenaar bepaalde soorten betalingen niet

heeft verricht;

- b) adviesdiensten van overheids- of particuliere organisaties;
- c) stimulansen krachtens nationaal recht om derden met relevante informatie over de schuldenaar, zoals boekhouders, belasting- of socialezekerheidsdiensten, ertoe aan te zetten een negatieve ontwikkeling aan de schuldenaar te signaleren.

De lidstaten moeten er tevens voor zorgen dat schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers toegang hebben tot relevante en actuele informatie over de beschikbaarheid van instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing en dat de toegang tot instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing openbaar online beschikbaar is.

Tot slot kunnen de lidstaten de werknemersvertegenwoordigers steun verstrekken bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar.

Krachtens art. 19 van de richtlijn dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat bij een dreigende insolventie de bestuurders ten minste voldoende rekening houden met het volgende:

- a) de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
- b) de noodzaak stappen te ondernemen ter voorkoming van insolventie; alsmede
- c) de noodzaak opzettelijke handelingen of grove nalatigheid te vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen.

Het implementatievoorstel

In het voorliggende wetsvoorstel wordt in het kader van art. 3 van de richtlijn (vroegtijdige waarschuwing) opgemerkt dat in Nederland reeds verschillende instrumenten bestaan die als doel hebben ondernemingen tijdig bij te staan om insolventie te voorkomen. Gewezen wordt op een informatieloket bij de Kamer van Koophandel (KvK) waar ondernemers en ondernemingen informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen. Daarnaast hebben MKB-ondernemingen via de Stichting Ondernemersklankbord (OKB) de mogelijkheid persoonlijke begeleiding te krijgen in een traject van een half jaar. Vanaf januari 2021 is deze dienstverlening van de KvK en OKB uitgebreid met extra ondersteuning voor ondernemers en ondernemingen die gebruik willen maken van de WHOA.

In het kader van art. 19 van de richtlijn (verplichtingen van bestuurders) wordt opgemerkt dat op grond van het huidige recht reeds een verplichting voor bestuurders bestaat om in geval van dreigende insolventie rekening te houden met de belangen van schuldeisers, kapitaalverschaffers en andere belanghebbenden, zoals werknemers. Daarbij wordt verwezen naar de artt. 2:129 lid 5 en 2:239 lid 5 BW, waarin is bepaald dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in art. 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Onder de bij de vennootschap of haar onderneming betrokkenen vallen onder meer schuldeisers, aandeelhouders en werknemers. Hoewel bestuurders niet onder alle omstandigheden verplicht zijn een faillissement af te wenden, is het hen niet toegestaan hun ogen te sluiten voor de situatie van dreigende insolventie. Zij zijn verplicht om tijdig te bezien of het mogelijk is om insolventie te

voorkomen en welke maatregelen hiertoe eventueel genomen kunnen worden. Maatregelen waaraan bestuurders onder meer kunnen denken zijn het inroepen van professioneel advies, het volgen van een traject bij de OKB en/of het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers en/of aandeelhouders in een WHOA-traject. Blijkt het inderdaad mogelijk om insolventie te voorkomen, dan zullen zij hiertoe ook de noodzakelijke maatregelen moeten treffen, dit uiteraard tenzij de belangen van bepaalde betrokkenen hierdoor onevenredig zouden worden geschaad.

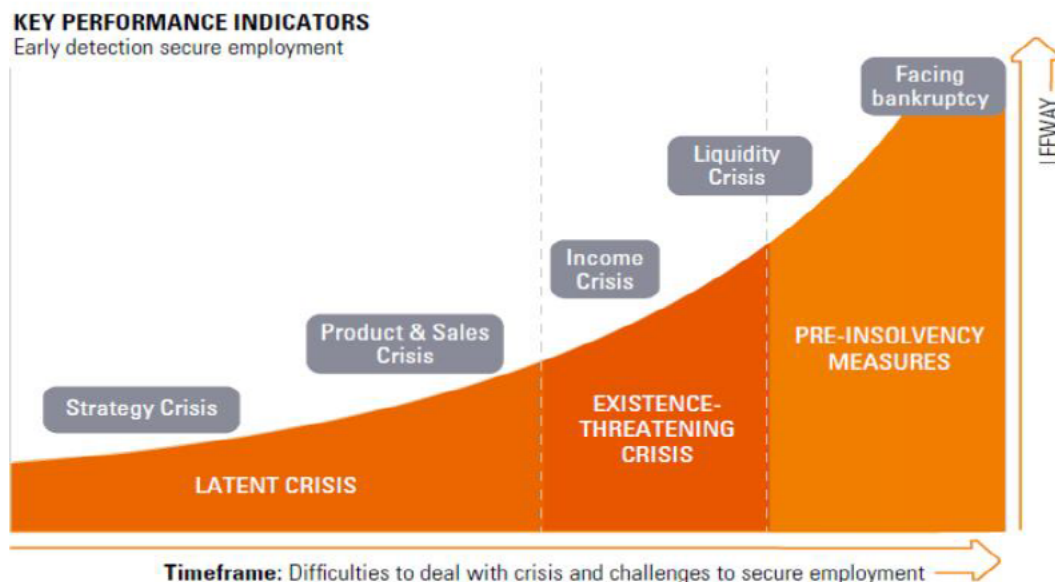
Commentaar van de vakcentrales

Uit het voorgaande en uit de transponeringstabel maken wij op dat uw conclusie is dat in het huidige recht de artt. 3 en 19 van de richtlijn al (voldoende) zijn geïmplementeerd en dat dus nadere regelgeving niet nodig is. Art. 3 lid 5 van de richtlijn, inhoudende dat de lidstaten de werknemersvertegenwoordigers steun kunnen verstrekken bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar, is een 'kan-bepaling', hetgeen al voldoende is om af te zien van implementatie.

De vakcentrales zijn zeer teleurgesteld over deze conclusie en de daaruit te destilleren houding tegenover de positie van de werknemersvertegenwoordigers, meer in het bijzonder de ondernemingsraad (hierna: OR).

We hebben ervaringen met de zogenaamde flitsfaillissementen, waarbij de OR pas kennis nam van de slechte financiële situatie waarin de onderneming verkeerde op het moment waarop het faillissement werd uitgesproken.

Onderstaande figuur laat zien hoe belangrijk het is voor werknemers dat de OR vroegtijdig op de hoogte is van omstandigheden die kunnen leiden tot dreigende insolventie en daarover het gesprek met de bestuurder aan kan gaan.



De Europese vakbeweging (ETUC) heeft daarom een lobby gevoerd om er voor te zorgen dat in de richtlijn werd opgenomen dat instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing ook beschikbaar zouden moeten komen voor de werknemersvertegenwoordigers. Dat is gelukt en heeft zijn neerslag gekregen in art. 3 lid 3 van de richtlijn. Het wetsvoorstel besteedt

echter geen aandacht aan de positie van de OR in relatie tot vroegtijdige waarschuwing. De OR is voor zijn informatie over de financiële positie van de onderneming afhankelijk van de financiële gegevens die de ondernemer hem verstrekt (art. 31a WOR). De praktijk wijst uit dat de ondernemer zeer terughoudend is in het verstrekken van de relevante informatie en dat de OR vaak pas kennis neemt van de slechte financiële positie als het te laat is om insolventie of faillissement af te wenden. Probleem is ook dat een faillissement vaak de schuld is van de ondernemer zelf¹. De bedoelde dienstverlening van KvK en OKB brengt geen verandering in de informatieachterstand van de OR.

Als de ondernemer de OR niet vroegtijdig waarschuwt, wie moet dat dan doen? Bij de discussie in het Europees Economisch en Sociaal Comité (EESC) werd als mogelijk instrument voor vroegtijdige waarschuwing een wettelijke verplichting voor accountants genoemd om rechtstreeks de OR te informeren in geval van een dreigende slechte financiële positie van de onderneming.² Probleem hierbij is wel dat de accountants dan tegen hun eigen commerciële belang in moeten handelen.³ Daarom is er naar het oordeel van de vakcentrales meer nodig. De European Law Institute (ELI) beveelt aan dat derden met relevante informatie, zoals accountants en belastingadviseurs, worden gestimuleerd of zelfs wettelijk verplicht om elke relevante negatieve ontwikkeling in de financiële positie van een bedrijf te signaleren.⁴ Dat komt overeen met het bepaalde in art. 3 lid 2 aanhef en onder c van de richtlijn: Instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing kunnen het volgende omvatten: stimulansen krachtens nationaal recht om derden met relevante informatie over de schuldenaar, zoals boekhouders, belasting- of socialezekerheidsdiensten, ertoe aan te zetten een negatieve ontwikkeling aan de schuldenaar te signaleren. Professor Gaia Balp laat zien hoe dit nader is uitgewerkt in Frankrijk en Italië.⁵

Naar aanleiding hiervan bepleiten de vakcentrales een systeem, waarin derden, die omstandigheden signaleren die tot dreigende insolventie kunnen leiden, verplicht worden om daarover eerst de onderneming zelf te informeren en, indien de verantwoordelijke bestuurders dat binnen een korte termijn (twee weken) zelf niet doen⁶, ook de belanghebbenden, waaronder de OR. Bij die derden gaat het dan om de accountants en om gekwalificeerde schuldeisers, schuldeisers die verondersteld worden goed geïnformeerd en toegerust te zijn, zoals banken en de belastingdienst. Die gekwalificeerde schuldeisers hebben echter niet altijd een incentive om hun informatie te delen. Daarom zou (naar Italiaans voorbeeld) op nalatigheid de sanctie van verlies van de status van separatist of preferente schuldeiser gezet kunnen worden. Op nalatigheid door de accountant kan een straf- en/of tuchtrechtelijke sanctie worden gezet.

De vakcentrales verzoeken u met klem om het wetsvoorstel langs deze lijn aan te passen,

¹ Zie hierover: <https://www.faillissementsdossier.nl/nieuws/9958/de-echte-oorzaken-van-een-faillissement.aspx>

² Zie hierover ETUC, Strengthening workers' voices in cases of insolvencies, p. 9:

https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-10/Brochure%20Insolvency%20report_EN_v3_FINAL.pdf

³ Zie hierover het interview met Willem Jan van Andel in NRC 4-1-2014: <https://www.nrc.nl/nieuws/2014/01/04/dit-is-niet-het-laatste-boekhoud-schandaal-1331591-a47834>

⁴ ELI, Rescue of Business in Insolvency Law, aanbeveling 1.21, p. 24,

https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/Instrument_INSOLVENCY.pdf

⁵ Gaia Balp, Early warning tools at the crossroads of insolvency law and company law,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3010300

⁶ Deze informatieplicht geldt dan als een nieuwe verplichting krachtens art. 19 van de richtlijn.

Datum

21 april 2021

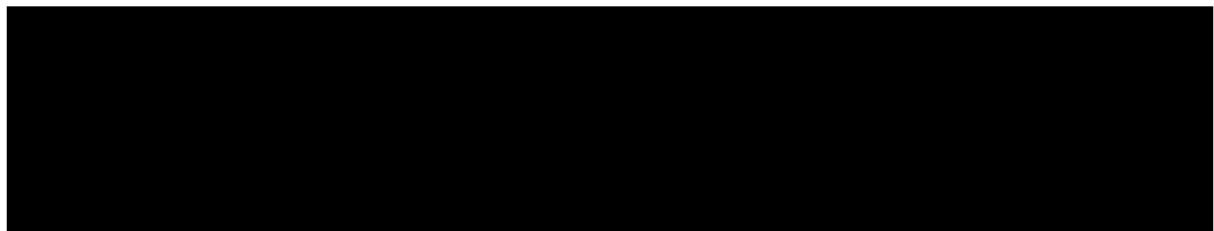
Ons kenmerk [REDACTED]

Pagina('s) 5 van 5

zodat ook een vroegtijdige waarschuwing voor de OR op een feitelijk zinvolle en afdoende wijze gewaarborgd is.

Tot slot: het is belangrijk dat de OR met de bestuurder overleg kan voeren op basis van dezelfde informatie. Daarom vragen wij u te bezien hoe ook de OR gebruik kan maken van de dienstverlening van de KvK en OKB.

Met vriendelijke groet,



[REDACTED]
Vicevoorzitter FNV

[REDACTED]
Voorzitter CNV

[REDACTED]
Voorzitter VCP