

Vergaderjaar 2017–2018

33 695

Faillissementsrecht

Nr. 16

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 20 december 2017

De vaste commissie voor Justitie en Veiligheid heeft een aantal vragen en opmerkingen voorgelegd aan de Minister voor Rechtsbescherming over de brief van 28 september 2017 over de voortgang programma herijking faillissementsrecht (Kamerstuk 33 695, nr. 15).

De vragen en opmerkingen zijn op 6 november 2017 aan de Minister voor Rechtsbescherming voorgelegd. Bij brief van 19 december 2017 zijn de vragen beantwoord.

De voorzitter van de commissie,
Van Meenen

Adjunct-griffier van de commissie,
Zeldenrijk

I. Vragen en opmerkingen vanuit de fracties

Vragen en opmerkingen vanuit de VVD-fractie

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van de negende voortgangsbrief over het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. Zij constateren met tevredenheid dat het programma gestaag vordert. Graag willen de genoemde leden u aanmoedigen het werk met voortvarendheid te continueren. Inhoudelijke vragen zullen deze leden stellen bij de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen die voortkomen uit het programma. Om die reden hebben zij slechts een vraag: Wanneer verwacht u het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht af te ronden?

Vragen en opmerkingen vanuit de SP-fractie

De leden van de SP-fractie hebben kennisgenomen van de brief over de voortgang van het programma herijking faillissementsrecht. Over die brief hebben zij nog enkele vragen.

Niet alleen het opsporen en vervolgen van faillissementsfraude, maar zeker ook het voorkomen daarvan verdient wat de aan het woord zijnde leden betreft altijd veel aandacht wanneer gesproken wordt over mogelijke aanpassingen aan het faillissementsrecht. De genoemde leden vragen of er nog meer maatregelen tegen faillissementsfraude mogen worden verwacht? Of denkt u dat faillissementsfraude nu genoeg aan banden is gelegd? Kunt u uiteenzetten welke maatregelen er de afgelopen vijf jaar zijn genomen om faillissementsfraude aan te pakken en in hoeverre dit volgens u nu voldoende goed werkt?

De leden van de SP-fractie hebben enkele vragen over de reorganisatiepijler. Denkt u bijvoorbeeld dat een eventuele inwerkingtreding van de Wet continuïteit ondernemingen I (WCO I) zal leiden tot meer, minder of een gelijk aantal doorstarts na faillissement dan nu het geval is? Kunt u dit toelichten?

Bent u bekend met het voorstel van de Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) en het Christelijk Nationaal Vakverbond (CNV) om, met toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming, een doorstart na faillissement toch mogelijk te maken door een wetswijziging, gebaseerd op het in EU-richtlijn 2001/23/EG geregelde specifieke regime voor overgang van ondernemingen bij insolventieprocedures? Is het u bekend dat sinds de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Europese Hof) inzake FNV/Smallsteps voor een dergelijke wetswijziging brede steun bestaat onder vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk en insolventie- en arbeidsrechtsspecialisten?

Bent u bereid om een dergelijke, op artikel 5 lid 2 EU-richtlijn 2001/23/EG gebaseerde, wetswijziging te betrekken bij het programma herijking faillissementsrecht? Deelt u de conclusie dat indiening van een wetsvoorstel, waarvan deze wijziging onderdeel is, tamelijk urgent is? Zo nee, waarom niet? Kunt u tevens nader uiteenzetten welke wetsvoorstellen u in het kader van de reorganisatiepijler voorbereidt of voornemens bent voor te bereiden en wat de planning is ten aanzien van die wetsvoorstellen?

De leden van de SP-fractie vragen verder een reactie op het bericht «Doodskistenbouwer omzeilde met behulp van de rechter het verbod op flitsfaillissementen.» van 1 november 2017¹. Kunt u in deze reactie ingaan op de opmerking in het artikel dat de uitspraak van het Europese Hof ging over het doel van het faillissement, niet over de methode en dat de vraag zou moeten zijn of het faillissement gericht is op liquidatie of op een doorstart? Deelt u de mening dat als het doel overduidelijk voortzetting van de onderneming is, de werknemers dan ook meegenomen dienen te worden?

Kunt u aangeven wat de stand van zaken is met betrekking tot uw voornemen om in het kader van het voorstel voor de wet continuïteit ondernemingen III (WCO III) in overleg met belangenorganisaties opnieuw te kijken naar de positie bij een faillissement van de aandeelhouders met een pand- of hypotheekrecht en de aandeelhouders die tevens kredietverstrekker zijn?

De leden van de SP-fractie vragen verder aandacht voor het financieren van vennootschappen met zogenoemde geseceureerde aandeelhoudersleningen. Kunt u reageren op het artikel van professor De Weijs over dit onderwerp? (zie Prof. Dr. R.J. de Weijs, *Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen schuldeisers dreigt te keren*, Ondernemingsrecht 2016/123, december 2016) Indien de onderneming een succes is, dan krijgt de aandeelhouder alle winsten. Indien het een mislukking is, dan roept de aandeelhouder zijn zekerheidsrechten in en krijgt hij zo zijn investering terug, nog voor de andere schuldeisers. Acht u deze vorm van financiering wenselijk, zeker in het geval het tot een faillissement komt? Meer in het algemeen vragen de genoemde leden of u het wenselijk acht dat aandeelhoudersleningen gefinancierd worden met geleend geld in plaats van met eigen vermogen. Klopt het dat een gebrek aan eigen vermogen een vennootschap vele malen kwetsbaarder maakt?

De aan het woord zijnde leden vragen ook waarom veel landen (zoals Spanje, Duitsland en Oostenrijk) paal en perk stellen aan de manier waarop een aandeelhouder vorm geeft aan zijn investering, maar dit in Nederland niet het geval is. Klopt het dat er Nederland geen wetgeving over dit onderwerp is? Bent u bereid dit punt in de herijking van de faillissementswet mee te nemen? Zo ja, op welke manier? Zo nee, waarom niet?

Deelt u de mening dat aandeelhoudersleningen grosso modo achtergesteld zouden moeten zijn bij faillissement en zij geen afdwingbare zekerheden zouden moeten behelzen? Deelt u voorts de mening dat een dubbele opstelling van aandeelhouder en schuldeiser de grondvesten van het ondernemingsrecht ondergraaft? Zo nee, waarom niet?

De leden van de SP-fractie zijn van mening dat het faillissementsrecht er moet zijn voor alle schuldeisers en niet alleen voor de aandeelhouders. Graag horen deze leden of u zich hier in kunt vinden en of u vindt dat het huidige Nederlandse faillissementsrecht hier nog wel genoeg oog voor heeft en zo niet, wat u voor concrete maatregelen gaat nemen om dit te herstellen.

¹ <https://www.volkskrant.nl/economie/doodskistenbouwer-omzeilde-met-behulp-van-de-rechter-het-verbod-op-flitsfaillissementen~a4526851/>.

Vragen en opmerkingen vanuit de PvdA-fractie

De leden van de PvdA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van de brief met betrekking tot de voortgang van het wetgevingsprogramma herijking faillissementsrecht. Tevens hebben deze leden kennisgenomen van de brief van de Minister aan de Eerste Kamer met betrekking tot de WCO I. Deze brief is van belang omdat na de behandeling van de WCO I in de Tweede Kamer, de uitspraak van het Europese Hof in de zaak FNV/Smallsteps kwam, die naar de mening van de genoemde leden ook van groot belang is in het kader van de herijking van het faillissementsrecht. In die uitspraak heeft het Europese Hof immers uitspraken gedaan over de belangen van werknemers na een in een prepack voorbereide doorstart van een onderneming. De aan het woord zijnde leden hechten grote waarde aan de belangen van werknemers van een failliete onderneming. Zij zijn van mening dat een faillissement en vervolgens een doorstart van een onderneming niet misbruikt mag worden om op een eenvoudige en goedkope wijze van mogelijk boven-talig personeel af te komen. Daarentegen moet de doorstart open in problemen geraakte onderneming ook niet volledig geblokkeerd worden omdat er na de doorstart geen enkele verandering in het bestaande personeelsbestand of arbeidsvoorwaarden mogelijk zou zijn.

Volgens de leden van de PvdA-fractie bieden de genoemde uitspraak en de EU-richtlijn 2001/23/EG betreffende overgang van ondernemingen genoeg waarborgen om zowel de belangen van werknemers te dienen, als ook de mogelijkheden voor een succesvolle doorstart open te houden. Terwijl artikel 5 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat die richtlijn ter bescherming van werknemers ook van toepassing kan zijn in faillissementsprocedures, bepaalt artikel 5 lid 2 van de richtlijn dat werknemers weliswaar niet vanwege de overgang maar wel om bedrijfseconomische redenen ontslagen kunnen worden. Ook stelt het artikel dat met de vakbonden kan worden overeengekomen dat de arbeidsvoorwaarden zullen worden aangepast. Kunt u hier nader op in gaan?

Deelt u de mening dat, als het al niet in de WCO I is, de belangen van werknemers in een doorstart naar aanleiding van de uitspraak FNV/Smallsteps tenminste op een andere wijze in het faillissementsrecht dienen te worden verankerd en wel in de zin dat er gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die artikel 5 EU-richtlijn 2001/23/EG biedt? Zo ja, hoe en op welke termijn gaat u hier voor zorgen? Zo nee, waarom niet? Kunt u aangeven welke aspecten met betrekking tot de positie van werknemers bij faillissement bij het wetsvoorstel WCO III en/of andere wetsvoorstellen in het kader van de herijking zullen worden betrokken?

De leden van de PvdA-fractie lezen dat u voornemens bent om de positie van de werknemer en het onderwerp medezeggenschap in bijzonder te betrekken bij het programma herijking faillissementsrecht. Naar de mening van deze leden is het onderwerp medezeggenschap in deze van groot belang, maar mag het als het om het verbeteren van de positie van de werknemer gaat niet daarbij blijven. Deelt u die mening? Zo ja, hoe gaat u hier gevolg aan geven? Zo nee, waarom niet?

De leden van de PvdA-fractie lezen dat de fraudepijler in de wetgeving afgerond is en in werking is getreden. De genoemde leden vragen in hoeverre de fraudepijler in de praktijk al bijdraagt aan de bestrijding van faillissementsfraude?

II. Reactie van de Minister voor Rechtsbescherming

De leden van de VVD-fractie vragen wanneer het wetgevingsprogramma naar verwachting afgerond kan worden. De leden van de SP-fractie vragen welke wetsvoorstellen in het kader van de reorganisatiepijler nog in voorbereiding zijn en wat de planning is ten aanzien van die wetsvoorstellen.

Ik hoop dat de parlementaire behandeling van de wetsvoorstellen inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: WCO I)(Kamerstuk 34 218) en de Wet modernisering faillissementsprocedure (Kamerstuk 34 740) in 2018 richting een afronding kan worden gebracht en dat in datzelfde jaar wetsvoorstellen bij uw Kamer kunnen worden ingediend voor de Wet homologatie onderhands akkoord en voor een wet die tot doel heeft om de faillissementsprocedure doelmatiger te maken voor alle betrokkenen waaronder ook de werknemers (voorheen aangeduid als de WCO III). Het is mijn streven om het programma in 2019 te voltooien. Dit betekent overigens niet dat er nadien geen wijzigingen meer zullen optreden in het faillissementsrecht. Zo wordt er nu onderhandeld over een nieuwe EU-richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU. Uw Kamer is hierover door middel van een BNC-fiche geïnformeerd.² Deze richtlijn zal – ervan uitgaande dat de Raad en het Europees Parlement de richtlijn zullen aannemen – moeten worden geïmplementeerd in het nationale recht en dit zal zeer waarschijnlijk aanpassing van de Faillissementswet vergen.

De leden van de SP-fractie merken op dat niet alleen het opsporen en vervolgen van faillissementsfraude, maar ook het voorkomen daarvan, veel aandacht verdient wanneer gesproken wordt over mogelijke aanpassingen van het faillissementsrecht. Deze leden vragen zich in dit verband af of nog meer maatregelen tegen faillissementsfraude mogen worden verwacht of dat faillissementsfraude nu genoeg aan banden is gelegd. In verband hiermee vragen zij om een uiteenzetting van de maatregelen die in de afgelopen vijf jaar zijn genomen om faillissementsfraude aan te pakken en in hoeverre deze maatregelen blijken te werken. Ook de leden van de PvdA-fractie vragen in hoeverre de fraudepijler in de praktijk al bijdraagt aan de bestrijding van faillissementsfraude. De fraudepijler bestaat uit drie wetten, te weten de wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude³, de wet civielrechtelijk bestuursverbod⁴ en de wet versterking positie curator⁵, die alle drie inmiddels in werking zijn getreden. De wet herziening strafbaarstelling faillissementsfraude versterkt het strafrechtelijk instrumentarium van het openbaar ministerie om strenger op te treden tegen faillissementsfraude, en scherpt de strafmaat aan. De introductie van het civielrechtelijk bestuursverbod maakt het – samengevat – de curator of het openbaar ministerie vooral mogelijk om een frauduleus handelende (oud)bestuurder, bijvoorbeeld bij repeterende faillissementen, voor maximaal vijf jaar te beletten bestuurder of commissaris te blijven of te worden. De wet versterking positie curator geeft de curator een fraudesignalerende taak, en verplicht hem eventuele onregelmatigheden in het faillissement te melden aan de rechter-commissaris, opdat zo nodig een melding of aangifte kan worden gedaan. Deze instrumenten leveren, ieder voor zich en in onderlinge samenhang bezien, een verbeterd wettelijk kader voor de bestrijding van faillissementsfraude op. De voorziene evaluaties zullen inzicht moeten

² Kamerstuk 22 112, nr. 2292.

³ Stb. 2016, nr. 154.

⁴ Stb. 2016, nr. 153.

⁵ Stb. 2017, nr. 124.

geven in de mate waarin daarvan ook daadwerkelijk gebruik wordt gemaakt.

In reactie op de vraag over eventueel te nemen aanvullende maatregelen wil ik nog graag het belang van preventie onderstrepen en de rol die burgers en bedrijven daar zelf bij spelen. Het is essentieel dat burgers en bedrijven zelf alert zijn op mogelijke fraude en daartoe maatregelen nemen. Publieke en private partijen, die een barrière kunnen opwerpen om het de fraudeur zo moeilijk mogelijk te maken, spelen samen een belangrijke rol bij het voorkomen of tijdig detecteren van fraude. Zoals door de toenmalige Minister van Veiligheid en Justitie is toegelicht (Kamerstuk 17 050, nr. 533), is met behulp van private partijen, waaronder banken, notarissen en (forensisch) accountants kennis uitgewisseld over welke indicaties (*red flags*) kunnen duiden op de voorbereiding van faillissementsfraude. Deze inventarisatie is verwerkt in het barrièremodel faillissementsfraudebestrijding, dat via de website van het Centrum voor Criminaliteitspreventie en Veiligheid toegankelijk is.⁶ Het is zaak dat de betrokken partijen verder gaan met het opwerpen van barrières om kwaadwillende partijen ervan te weerhouden faillissementsfraude te plegen en het barrièremodel helpt hen daarbij. Het strafrecht kan dan als onderdeel van de gezamenlijke integrale aanpak gericht worden ingezet voor die zaken die zich het beste voor een dergelijke aanpak lenen.

Ten aanzien van de reorganisatiepijler vragen de leden van de SP-fractie of de eventuele inwerkingtreding van de WCO I zal leiden tot meer, minder of een gelijk aantal doorstarts na faillissement dan nu het geval is. De inwerkingtreding van de WCO I zal geen invloed hebben op het aantal doorstarts. De WCO I creëert namelijk zelf geen doorstartmogelijkheden. Wel kan de wet ervoor zorgen dat aanwezige doorstartmogelijkheden zo goed mogelijk worden benut en dat daarmee de schade voor degenen die door het faillissement worden geraakt – waaronder in het bijzonder de schuldeisers en de werknemers – niet onnodig toeneemt. De toepassing van de WCO I biedt namelijk de mogelijkheid om het faillissement voor te bereiden. Daarmee kan worden voorkomen dat de bedrijfsvoering van de onderneming na de faillietverklaring plotseling stilvalt, waardoor een doorstart alleen nog maar plaats zou kunnen vinden onder minder gunstige condities (dat wil zeggen tegen een lagere opbrengst en met behoud van minder banen). Voor de stand van zaken verwijs ik naar het antwoord op de volgende vragen.

De leden van de SP-fractie vragen of ik bekend ben met het voorstel van FNV en CNV om door middel van een wetswijziging het in artikel 5 lid 2 van de 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) geregelde specifieke arbeidsrechtelijke regime bij insolventieprocedures van toepassing te verklaren bij een doorstart na faillissement. In aansluiting hierop vragen deze leden of 1) ik ermee bekend ben dat sinds de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: EU-hof) inzake FNV/Smallsteps voor een dergelijke wetswijziging brede steun bestaat onder vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk en onder insolventie- en arbeidsrechtsspecialisten, 2) ik bereid ben om een dergelijke wetswijziging te betrekken bij het programma herijking van het faillissementsrecht en 3) ik de conclusie deel dat deze wetswijziging tamelijk urgent is. De leden van de SP-fractie vragen ook om een reactie op het bericht: «*Doodskistenbouwer omzeilde met behulp van de rechter het verbod op flitsfaillissementen.*»⁷ Zij verwijzen in het bijzonder naar de

⁶ <https://www.barrieremodellen.nl>.

⁷ <https://www.volkskrant.nl/economie/doodskistenbouwer-omzeilde-met-behulp-van-de-rechter-het-verbod-op-flitsfaillissementen~a4526851/> d.d. 1 november 2017.

opmerking in het artikel dat de uitspraak van het EU-hof ging over het doel van het faillissement, niet over de methode en dat de vraag zou moeten zijn of het faillissement gericht is op liquidatie of op een doorstart. De leden van de SP-fractie vragen of als het doel overduidelijk voortzetting van de onderneming is, de werknemers ook meegenomen dienen te worden.

Ook de leden van de PvdA-fractie verwijzen naar de uitspraak van het EU-hof die naar hun mening van belang is in het kader van de herijking van het faillissementsrecht, omdat daarin uitspraken zijn gedaan over de belangen van werknemers bij een door middel van de «*pre-pack methode*» voorbereide doorstart van een onderneming. De leden van de PvdA-fractie menen dat de uitspraak van het EU-hof en de richtlijn – dan wel meer specifiek het daarin opgenomen artikel 5 lid 1 en 2 – genoeg waarborgen bieden om zowel de belangen van werknemers te dienen als ook de mogelijkheden voor een succesvolle doorstart open te houden. Zij vragen om een nadere reactie hierop. Meer in het bijzonder vragen deze leden 1) of de belangen van werknemers bij een doorstart naar aanleiding van de uitspraak FNV/Smallsteps, als het al niet in de WCO I is, dan tenminste op een andere wijze in het faillissementsrecht zouden moeten worden verankerd en wel in de zin van dat er gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden die artikel 5 van de richtlijn biedt, 2) zo ja, hoe en op welke termijn hiervoor gezorgd gaat worden, of 3) zo nee, wat daarvoor de redenen zijn.

De leden van de PvdA-fractie vragen tenslotte welke aspecten met betrekking tot de positie van werknemers bij faillissement bij het wetsvoorstel WCO III en/of andere wetsvoorstellen in het kader van de herijking zullen worden betrokken. Daarbij merken zij op dat het wat hun betreft niet kan blijven bij een verbetering van de medezeggenschapspositie.

In de door de leden van de fracties van de SP en de PvdA aangehaalde uitspraak van 22 juni jl. (zaak C-126/16) heeft het EU-hof uitleg gegeven over het toepassingsbereik van de richtlijn die – kort gezegd – beoogt te bewerkstelligen dat wanneer ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen worden overgenomen, de betrokken werknemers bij de overgang van rechtswege onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst treden bij de verkrijger. In artikel 5 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is wanneer de overgang plaatsvindt in het kader van een faillissement. In de uitspraak geeft het EU-hof antwoord op enkele prejudiciële vragen die de rechtbank Midden-Nederland heeft gesteld in het kader van de rechtszaak die door de vakbond (en enkele individuele werknemers) is gestart in verband met de doorstart van kinderopvangorganisatie Estro. De rechtbank Midden-Nederland wenste met de door haar gestelde vragen in essentie te vernemen hoe de uitsluitingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn zich verhoudt tot een doorstart van bedrijfsonderdelen in faillissement die tot stand is gekomen met gebruikmaking van de «*pre-pack*» methode, zoals het geval was bij Estro. Het is niet aan mij als Minister voor Rechtsbescherming om de uitspraak van het EU-hof en de daarbij gegeven uitleg toe te passen op concrete doorstartsituaties, zoals die in het door de leden van de SP-fractie aangehaalde krantenbericht. Deze taak is voorbehouden aan de rechter.

Wel kan ik in reactie op de vragen van de leden van de fracties van de SP en de PvdA in algemene zin het volgende opmerken. In de uitspraak overweegt het EU-hof dat de uitsluitingsregel van artikel 5 lid 1 van de richtlijn strikt moet worden uitgelegd. Deze regel is volgens het EU-hof alleen van toepassing als voldaan is aan de volgende drie criteria: i) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure, ii) deze procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en iii) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Volgens het EU-hof blijft de in de richtlijn

geboden bescherming van werknemers behouden wanneer de overgang van een onderneming plaatsvindt in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde «pre-pack», waarbij in de fase voorafgaand aan de faillietverklaring met name onderzoek is verricht naar de mogelijkheden van een eventuele voortzetting van de activiteiten van de onderneming en er sprake is van in detail voorbereiden van de handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring dienden te worden verricht om die voortzetting te verwezenlijken. De omstandigheid dat de toepassing van de «pre-pack» methode tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, maakt dat volgens het EU-hof niet anders.

Ik ben bekend met het voorstel van FNV en CNV om gebruik te maken van de in artikel 5 lid 2 van de richtlijn voorziene Lidstaat-optie om werknemers bij iedere doorstart in faillissement – al dan niet middels een verlicht regime – arbeidsrechtelijke bescherming te geven. FNV en CNV hebben de Eerste Kamer in het kader van de behandeling van de WCO I bij brief geïnformeerd over dit voorstel. Eenzelfde voorstel werd gedaan door de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA), eveneens bij brief aan de Eerste Kamer. Achtergrond bij deze voorstellen is dat de FNV en CNV en de NOvA de zorg hebben geuit dat er sinds de uitspraak van het EU-hof onduidelijkheid is ontstaan over de vraag wanneer de uit de richtlijn voortvloeiende arbeidsrechtelijke bescherming nu wel of niet van toepassing is bij een doorstart in faillissement. Dit zal steeds afhangen van de specifieke omstandigheden van het concrete geval. FNV en CNV en de NOvA vrezen dat dit zal leiden tot rechtsonzekerheid. Volgens hen kan hieraan een eind worden gemaakt door met gebruikmaking van de genoemde Lidstaat-optie te komen tot aanvullende regelgeving. Onlangs heb ik de Eerste Kamer bericht dat ik het signaal dat FNV en CNV en de NOvA hebben afgegeven graag ter harte wil nemen (Kamerstuk 34 218, I). Gelet hierop acht ik het van belang om opnieuw overleg te hebben met de genoemde stakeholdergroep om de door FNV en CNV en de NOvA geuite zorgen in breder verband te kunnen bespreken. Pas wanneer deze zorgen goed in kaart zijn gebracht met alle relevante praktijkdeskundigen, kan worden overzien wat nodig is om die zorgen weg te kunnen nemen. Ik heb de Eerste Kamer toegezegd dat ik de uitkomsten van dit overleg zal terugkoppelen en ik stel voor dat ik uw Kamer gelijktijdig bericht. Tot die tijd heb ik verzocht de behandeling van de WCO I aan te houden.

De leden van de SP-fractie vragen naar de stand van zaken met betrekking tot het voornemen om in het kader van de WCO III in overleg met belangenorganisaties te kijken naar de positie van aandeelhouders in een faillissement die tevens kredietverstrekker zijn met een pand- of hypotheekrecht.⁸ In dit verband vragen zij om een reactie op het artikel van professor De Weijs «*Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen schuldeisers dreigt te keren*»⁹. De leden van de SP-fractie merken op dat deze vorm van financiering ertoe leidt dat indien de onderneming een succes is, de aandeelhouder alle winsten krijgt en dat indien het een mislukking is, hij zijn zekerheidsrechten inroept en zo zijn investering terugkrijgt nog vóór de andere schuldeisers. Zij vragen zich af of dit wenselijk is.

Meer in het algemeen vragen de leden van de SP-fractie of het wenselijk is dat ondernemingen door aandeelhouders worden gefinancierd met geleend geld in plaats van met eigen vermogen en of het klopt dat 1) een gebrek aan eigen vermogen een vennootschap vele malen kwetsbaarder maakt, 2) een dubbele opstelling van aandeelhouder en

⁸ Aanhangsel Handelingen II 2016/17, nr. 815

⁹ Prof. Dr. R.J. de Weijs, *Wanorde? Hoe het faillissementsrecht zich tegen schuldeisers dreigt te keren*, Ondernemingsrecht 2016/123, december 2016.

schuldeiser de grondvesten van het ondernemingsrecht ondergraaft en 3) veel landen (zoals Spanje, Duitsland en Oostenrijk) paal en perk stellen aan de manier waarop een aandeelhouder vorm geeft aan zijn investering, maar dat er in Nederland geen wetgeving over dit onderwerp is, en als dit laatste inderdaad het geval is, wat daarvoor dan de redenen zijn.

De leden van de SP-fractie vragen zich verder af of aandeelhoudersleningen grosso modo achtergesteld zouden moeten zijn bij faillissement en of zij dus geen afdwingbare zekerheden zouden moeten kunnen behelzen. Deze leden vragen of dit punt in de herijking van de faillissementswet meegenomen kan worden en, zo ja, op welke manier of, zo nee, waarom dat het geval is. De leden van de SP-fractie merken op dat het faillissementsrecht er moet zijn voor alle schuldeisers en niet alleen voor de aandeelhouders en horen graag of ik mij hierin kan vinden, of het huidige Nederlandse faillissementsrecht hier nog wel genoeg oog voor heeft en zo niet, wat voor concrete maatregelen er genomen gaan worden om dit te herstellen.

In reactie op vragen van de leden Nijboer en Recourt¹⁰ (PvdA) heeft de toenmalig Minister van Veiligheid en Justitie zich al eens uitgesproken over de positie van aandeelhouders die tevens kredietverstrekker zijn met een pand- of hypotheekrecht in een faillissement en over hetgeen professor De Weijis hierover naar voren heeft gebracht.¹¹ Daarbij heeft hij – kort gezegd – benadrukt dat de faillissementsprocedure ten dienste moet staan van de gezamenlijke schuldeisers. Ik sluit mij hier bij aan. Mijn voorganger zegde ook toe dat binnen het programma herijking faillissementsrecht in overleg met belangenorganisaties opnieuw zou worden gekeken naar de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement, waaronder de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht en dat daarbij ook de aspecten die de leden Nijboer en Recourt in hun vragen naar voren brachten, zouden worden betrokken.

In het kader van het wetsvoorstel bevordering doelmatigheid van het faillissementsprocesrecht (voorheen: WCO III) heeft een eerste overleg over het onderwerp plaatsgevonden met de groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk (onder andere: INSOLAD, RECOFA, NEVOA, JIRA, NOVA, NVB), van de vakbonden CNV en FNV en van werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB, die fungeert als klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma. Daarbij is de bijzondere positie van houders van zekerheidsrechten in een faillissement vanuit meerdere invalshoeken belicht. Die bijzondere positie is als volgt samen te vatten. De pand- of hypotheekhouders zijn «separatist», in die zin dat zij na de faillietverklaring hun rechten kunnen blijven uitoefenen, alsof er geen faillissement was. Bovendien dragen zij in beginsel niet bij aan de boedel. Dat wil zeggen dat zij – op gelijke voet als buiten faillissement – bevoegd zijn het met hun zekerheidsrecht verbonden goed zelfstandig en op een zelf gekozen moment te verkopen en zich met voorrang te verhalen op de netto-opbrengst. De curator kan de pand- of hypotheekhouder een redelijke termijn stellen waarbinnen hij dient over te gaan tot uitoefening van zijn rechten. Verkoopt de pand- of hypotheekhouder niet binnen deze termijn, dan is de curator bevoegd om het met het zekerheidsrecht verbonden goed op te eisen en zelf te verkopen. De pand- of hypotheekhouder behoudt dan voorrang op de netto-opbrengst van het goed, maar zal dan wel de executiekosten die de curator maakt moeten vergoeden. Voor het geval dat een aandeelhouder tevens kredietverstrekker is met een pand- of hypotheekrecht, bestaan geen bijzondere voorschriften. Een aandeelhouderslening heeft geen bijzondere status, in de zin dat zij automatisch is achtergesteld. Slotsom van het eerder genoemde overleg met de stakeholdergroep was dat vooralsnog onvoldoende helder is welke concrete problemen met name de curatoren in de praktijk ervaren

¹⁰ Recourt is thans geen Kamerlid meer.

¹¹ Aanhangsel 2016–2017, 545 en 815.

door de bijzondere positie van zekerheidsgerechtigde crediteuren in een faillissement. Afgesproken is dat de vertegenwoordigers van de financiële sector met de vertegenwoordigers van de curatoren verder in gesprek gaan over het onderwerp. Aan de hand van de uitkomsten van dit overleg zal in het eerste kwartaal van aankomend jaar opnieuw met de stakeholdergroep worden gekeken naar de positie van de verschillende betrokkenen bij een faillissement, waaronder de crediteuren met een pand- of hypotheekrecht en de aandeelhouders die tevens kredietverstrekker met zekerheid zijn.

Bij het voorgaande zal het rechtsvergelijkend onderzoek «De positie van pand- en hypotheekhouder tijdens faillissement» worden betrokken, dat in opdracht van mijn voorganger is uitgevoerd door het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. Het Onderzoekcentrum is verzocht een onderzoek te verrichten naar de positie van pand- en hypotheekhouders in faillissement (of surseance van betaling) en naar een eventuele bijzondere positie voor de pand- of hypotheekhouder die tevens aandeelhouder van de pand- of hypotheekgever is, in de rechtsstelsels van enkele ons omringende landen. De rechtsstelsels van België, Frankrijk, Engeland, Duitsland en Oostenrijk zijn op voornoemde aspecten onderzocht. Het onderzoeksrapport dat u als bijlage¹² bij deze brief aantreft, laat met betrekking tot de aandeelhouder met zekerheid – kort gezegd – zien dat in de Duitse en Oostenrijkse rechtsstelsels de vorderingen van een aandeelhouder met zekerheid op de gefailleerde vennootschap van rechtswege worden achtergesteld. De zekerheid die voor die vorderingen is gevestigd, is aantastbaar of vervalt. De Belgische, Engelse en Franse rechtsstelsels kennen geen bijzondere behandeling van de aandeelhouder met zekerheid.

Overigens zal de Minister van Financiën binnenkort een reactie op het onderzoeksrapport «Private equity in Nederland» naar uw Kamer zenden. Dit onderzoek gaat in op de *modus operandi* van private equityfondsen, die ook vaak gebruik maken van een combinatie van eigen vermogen en leningen om overgenomen vennootschappen kapitaal te verschaffen. Of het nodig is in dit kader wettelijke maatregelen te treffen en zo ja, welke, hangt mede af van de uitkomsten van het vervolgoverleg met de vertegenwoordigers uit de praktijk. Het heeft daarbij de voorkeur dat de praktijk eerst de eventuele problemen in kaart brengt en dat vervolgens in overleg met de praktijk wordt bekeken welke oplossingen gevonden kunnen worden om die problemen het hoofd te bieden. Ik zal u op de hoogte houden van de ontwikkelingen in dit kader.

¹² Raadpleegbaar via www.tweedekamer.nl