Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
[redacted]

Amsterdam, 3 mei 2021

Inzake: Consultatie implementatiewet Europese Richtlijn Herstructurering en Insolventie (Richtlijn 2019/1023)

Zijne Excellentie,

Inleiding

De Vereniging Insolventierecht Advocaten (hierna te noemen: "INSOLAD") is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator in faillissement, bewindvoerder in surseance van betaling en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, WHOA procedures, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Daarnaast zijn aan INSOLAD fellows verbonden, afkomstig uit de wetenschap, de financiële sector en de rechterlijke macht. INSOLAD is ook een erkend opleidingsinstituut van de Nederlandse Orde van Advocaten.

Als specialisatie vereniging op het gebied van insolventierecht waaraan het overgrote deel van de in de Nederlandse rechtspraktijk verbonden insolventiespecialisten is verbonden houdt INSOLAD zich actief bezig met informatie over bestaande en nieuwe wet- en regelgeving op het gebied van het insolventierecht. Daarbij leunt INSOLAD op de ervaring en expertise van haar leden. Op deze wijze tracht INSOLAD vanuit de rechtspraktijk een bijdrage te geven aan effectieve en goede wetgeving, daarmee de goede rechtsbedeling dienend.

INSOLAD heeft kennis genomen van het concept wetsontwerp (het ***Concept Wetsontwerp***) voor wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve

herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/18 (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie) (de ***Richtlijn***) en het daarbij behorende concept van de Memorie van toelichting (de ***Ontwerp Memorie***).

Graag wenst INSOLAD van de gelegenheid gebruik te maken om haar reactie te geven op het Concept Wetsontwerp en de Ontwerp Memorie.

De consultatiecommissie bestond uit de volgende leden:

[redacted]

Ontwerp Memorie

INSOLAD constateert dat er thans toch voor wordt gekozen om het onderdeel betreffende het preventieve herstructureringsstelsel van de Richtlijn in de WHOA te implementeren, waar eerder is overwogen om dit onderdeel van de Richtlijn in de surseance regeling te implementeren en deze (daarmee) te moderniseren. INSOLAD betreurt de keuze voor implementatie van het genoemde onderdeel van de Richtlijn in de net nieuwe WHOA regeling die op (belangrijke) punten van de Richtlijn verschilt en waarbij INSOLAD meent dat de huidige regeling in de WHOA enige voordelen kent ten opzichte van het regime van de Richtlijn. Dit wordt onder het kopje MKB ondernemingen nader toegelicht. Een ander belangrijk nadeel dat INSOLAD signaleert en wat is verbonden aan implementatie van de Richtlijn in de WHOA regeling is dat de WHOA procedure Richtlijn conform zal moeten worden geïnterpreteerd. Dat betekent tevens dat het Europese Hof van Justitie de hoogste instantie is die beslist over kwesties die de WHOA betreffen. Hiermee wordt de invloed van de deskundige WHOA pool zoals beoogd in de huidige WHOA regeling ingeperkt, hetgeen INSOLAD betreurt.

INSOLAD meent dat de keuze voor implementatie van de Richtlijn door aanpassing van de WHOA, een gemiste kans is voor aanpassingen en modernisering van de surseanceregeling.

Overigens meent INSOLAD dat de surseanceregeling vooralsnog enige – zij het beperkte- voordelen kan bieden ten opzichte van de WHOA.

INSOLAD meent dan ook dat de surseanceregeling dient te worden behouden, zeker nu de WHOA nog maar zo kort is ingevoerd. INSOLAD kan zich voorstellen dat wanneer de WHOA in de toekomst wordt geëvalueerd dan ook wordt onderzocht of de surseanceregeling dan alsnog (al dan niet in aangepaste en gemoderniseerde vorm) een instrument is dat voor de insolventiepraktijk ook in de toekomst nog een nuttige rol kan hebben. INSOLAD ziet thans de volgende redenen waarom de surseance naast de WHOA nog een functie heeft:

1) de eenvoudige toegankelijkheid van de surseance regeling – het kan onder omstandigheden te bewerkelijk zijn om een akkoordprocedure voor te bereiden gezien de vereisten die de wet stelt voor aanvang daarvan en de informatie die daartoe bij de aanvangsverklaring dient te zijn bijgesloten;

2) voor toegang tot de surseance is op basis van de wet ook geen aandeelhoudersgoedkeuring vereist;

3) de surseance wordt ook direct voorlopig verleend, terwijl de WHOA pas “effectief” wordt na verlening van de afkoelingsperiode;

4) de WHOA is een *debtor in possession* procedure – het bestuur kan goede redenen hebben om aanstelling van een bewindvoerder te wensen, bijvoorbeeld indien het bestuur vreest voor bestuurdersaansprakelijkheid, dan kan de aanstelling van een bewindvoerder (enige) dekking verschaffen; en

5) een bewindvoerder kan een veel meer sturende en controlerende rol vervullen ook bij de bedrijfsvoering wat in voorkomende gevallen nuttig en nodig kan zijn. Zowel de herstructureringsdeskundige, als de observator missen de bevoegdheid van die de bewindvoerder uitsluitend tezamen met de schuldenaar in staat stelt het vermogen van de schuldenaar te binden.

MKB ondernemingen

Een van de voordelen van de WHOA ten opzichte van de Richtlijn betreft de mogelijkheid van schuldeisers om – zonder instemming van de schuldenaar (en haar out of the money zijnde

aandeelhouders) – te verzoeken om de benoeming van een herstructureringsdeskundige. Deze herstructureringsdeskundige kan daarmee aan de slag en onderzoeken of een akkoord tot de mogelijkheden behoort. Als het een MKB onderneming betreft, kan de herstructureringsdeskundige onder de huidige WHOA het akkoord niet in stemming brengen of voorleggen ter homologatie zonder instemming van de schuldenaar. Daarmee werd het initiatiefrecht van de schuldeisers al enigszins uitgehold. Daar staat echter tegenover dat instemming van de schuldenaar pas nodig is in een stadium waarin de herstructureringsdeskundige zijn werk al voor een groot deel heeft gedaan en er een akkoordvoorstel voorligt. Om de WHOA in lijn met de richtlijn te brengen, is het voorstel nu om op te nemen dat instemming van de schuldenaar vereist is bij de aanstelling van de herstructureringsdeskundige. INSOLAD meent dat dit geen verbetering is. Door de ruime Europese definitie van het begrip MKB onderneming betekent dit voor Nederland dat effectief voor het overgrote merendeel van de Nederlandse ondernemingen in de praktijk deze beperking zal gelden. Deze wijziging levert, wat INSOLAD betreft, een verslechtering op van de positie van de gezamenlijke schuldeisers. In de praktijk zal de wijziging immers betekenen dat het initiatiefrecht van schuldeisers volledig wordt uitgehold, hetgeen niet in lijn is met de eerdere insteek van de WHOA. Het risico dat INSOLAD signaleert is dat het voor een schuldenaar (en haar *out of the money* zijnde aandeelhouders) eenvoudiger zal zijn om in een eerder stadium de instemming te onthouden omdat er dan nog geen akkoordvoorstel voorligt en er geen onafhankelijke herstructureringsdeskundige is die met kennis van zaken kan aangeven waarom geen acht moet worden geslagen op de onthouding van de instemming.

INSOLAD geeft tegen de achtergrond van het voorgaande in overweging om een nationale definitie van MKB onderneming te hanteren. De Richtlijn staat dat volgens INSOLAD namelijk toe, waardoor de veel ruimere Europese definitie zou kunnen worden losgelaten.

INSOLAD wijst in dit verband verder ook op de consultatiereactie van de vakverenigingen waar wordt gerept van een klikplicht voor bepaalde schuldeisers indien deze schuldeisers bij hun schuldenaar financiële problemen zien ontstaan. Deze specifieke groep schuldeisers zouden als *early warners* moeten dienen, waarbij op het niet afgeven van de waarschuwing de sanctie wordt voorgesteld van het verlies van (zekerheids)rechten. Vooropgesteld moet worden dat een dergelijke waarschuwingsplicht in hoge mate wordt bemoeilijkt door het regime van de Richtlijn voor MKB ondernemingen, daar schuldeisers eigenlijk niet kunnen interveniëren zonder instemming van de schuldenaar / ondernemer. Daarnaast meent INSOLAD dat het ook systematisch onjuist is om andere schuldeisers op te zadelen met een verplichting om de ondernemer en diens beleid bij naderend financieel onheil de maat te nemen. De schuldenaar /

ondernemer en bij een rechtspersoon haar bestuur, is verantwoordelijk voor het reilen en zeilen van de onderneming, ook bij (naderend) financieel onheil. Dat dit onheil allicht had kunnen worden afgewend of voorkomen door ingrijpen of bijsturen, valt onder de discretie van de ondernemer, waarbij geldt dat het is toegestaan dat hij / zij fouten maakt, zelfs fouten die uiteindelijk leiden tot een deconfiture. Uitsluitend die fouten die kwalificeren als kennelijk onbehoorlijk bestuur en bovendien een belangrijke oorzaak zijn van het faillissement, hebben juridisch relevante betekenis, alsook die fouten waarbij een bestuurder zijn of haar taak niet naar behoren vervult en daarvoor een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ondernemen is meer *art than science* en *business failure* is inherent aan economische activiteit.

Bestuurdersaansprakelijkheid – artikel 19 van de Richtlijn

In dit verband verwijs INSOLAD ook naar het bepaalde in de Ontwerp Memorie over de implementatie van artikel 19 van de Richtlijn. INSOLAD meent dat in de Ontwerp Memorie een nieuwe norm voor bestuurders wordt geïntroduceerd, namelijk een norm die erop neer komt dat bestuurders het faillissement moeten voorkomen, dan wel een waardevermindering van het actief dat beschikbaar is voor schuldeisers, moeten vermijden. De gedachte zou kunnen bestaan dat een dergelijke norm thans reeds voor bestuurders bestaat. Dat valt zeer te bezien. In de periode in aanloop naar de insolventie worden de bestuurders gebonden door de zogenaamde Beklamel-norm. Deze komt erop neer dat bestuurders geen nieuwe verplichtingen mogen aangaan waarvan zij weten of behoren te weten dat de vennootschap deze niet kan nakomen en daarvoor geen verhaal biedt. Maar deze norm verplicht niet het openen van een WHOA procedure en nodigt veel eerder uit tot het tijdig openen van een faillissement of surseance dan het voorkomen daarvan. Verder geldt dat selectieve betaling – juist in de periode voorafgaand aan naderende insolventie – kan zijn toegestaan, als dat dienstig is aan de voortzetting van de onderneming met het oog op een herstructureringspoging. Daarbij zal lang niet altijd vaststaan dat die poging zal slagen. Natuurlijk geldt daarnaast dat het bestuur medewerking aan handelingen zal dienen te onthouden waarvan zij weet of behoort te weten dat deze paulianeus zijn. Maar ook hier geldt dat de pauliana-norm ten minste enige discretie aan bestuurders laat, wanneer zij op goede gronden menen dat een faillissement kan worden vermeden.

De Ontwerp Memorie suggereert evenwel dat er mogelijk sprake kan zijn van aansprakelijkheid voor de bestuurders indien hun handelwijze het faillissement niet heeft kunnen vermijden, dan wel tot schade heeft geleid, doordat bijvoorbeeld gedurende de periode dat de onderneming is voortgezet in het kader van een reddingspoging het actief is verminderd, wanneer die reddingspoging helaas niet succesvol blijkt. Dit kan natuurlijk niet de bedoeling zijn, omdat een

dergelijke norm de speelruimte voor het bestuur zou beperken die er thans wel is en ook moet zijn.

Benoemingsbeleid

INSOLAD constateert dat de Ontwerp Memorie enige overwegingen wijdt aan het benoemingsbeleid. De conclusie waartoe die overwegingen voeren zijn:

1) dat de uitgangspunten voor benoeming moeten worden aangescherpt om voldoende aansluiting bij de Richtlijn te krijgen;

2) er dienen nadere criteria te worden geformuleerd voor benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak;

3) waarbij die criteria met name moeten strekken ter borging van de belangen van de verschillende betrokkenen bij de procedure waarbij deze uitgangspunten landelijk zouden moeten gaan gelden. Recofa heeft daarbij aangegeven daaraan te zullen meewerken.

Klaarblijkelijk bestaat ook het voornemen bij AMvB regels omtrent benoemingscriteria te stellen, waarbij zo lijkt niet is uitgesloten dat wordt volstaan met een verwijzing naar de reeds fungerende regels van Recofa.

INSOLAD constateert dat met haar geen overleg heeft plaatsgevonden en dat er blijkens de toelichting ook geen voornemen bestaat om INSOLAD in de toekomstige overleggen over een eventuele AMvB te betrekken. Dat bevreemdt. Het overgrote merendeel van de curatoren en bewindvoerders die landelijk worden benoemd – en met name in de grotere faillissementen en surseances – is lid van INSOLAD.

INSOLAD wijst erop dat zij de landelijke specialisatievereniging van insolventierecht advocaten is en dat bij haar in feite vrijwel alle curatoren en bewindvoerders zijn aangesloten die plegen te worden aangesteld. INSOLAD is een erkend opleidingsinstituut van de Nederlandse Orde van Advocaten en voert een actief (en verplicht) opleidingsbeleid. Het lidmaatschap van INSOLAD vereist niet alleen een met goed gevolg voltooide specialisatieopleiding (Grotius Leergang Insolventierecht), maar eveneens het blijven voldoen aan permanente opleidingsvereisten. Op de naleving daarvan wordt zijdens de vereniging toegezien. Daarbij gelden als voorwaarden voor het lidmaatschap, een toelatingstest en een

minimum aantal vlieguren in de insolventiepraktijk. Verder heeft de vereniging ook eigen praktijkregels opgesteld voor de afwikkeling van insolventies door haar leden, die naast de advocatuurlijke gedragsregels gelden. Er is dus sprake van een eigen tuchtrecht binnen de vereniging waarbij klachten worden behandeld door de toetsingscommissie van INSOLAD.

INSOLAD stelt zich dan ook op het standpunt er in de praktijk reeds voldoende kaders zijn voor de borging van de belangen van de betrokkene bij het faillissement en / of een surseance.

Voor de WHOA geldt dit evenzeer voor zover het leden van INSOLAD zijn die als herstructureringsdeskundige of observator worden aangesteld. INSOLAD is op dit moment voorts ook bezig met het ontwikkelen van gedragsregels die specifiek aansluiten op de WHOA procedure en die dus voor haar leden zouden gelden.

In ieder geval neemt INSOLAD graag deel aan het overleg over de inhoud van de AMvB.

Eenzelfde opmerking wordt gemaakt ten aanzien van de regels omtrent salariëring. Zie het artikelsgewijs commentaar onder

Artikel I, onderdelen B, C, E, G, O, AA en DD

Toegang voor (ex-)ondernemers tot kwijtschelding van schuld

Uit de Ontwerp Memorie volgt dat de Wsnp voldoet aan de weinige door de Richtlijn voorgeschreven kenmerken:

- De “kwijtscheldingsperiode” is niet langer dan drie jaar (artikel 21 lid 1) maar kan onder bijzondere omstandigheden worden verlengd. De looptijd van de Wsnp is in beginsel drie jaar, te verlengen tot maximaal vijf jaar. In specifieke gevallen is de looptijd korter dan drie jaar, in geval van vereenvoudigde afwikkeling.

- Uitsluiting van de kwijtscheldingsprocedure kan aan de orde zijn als de schuldenaar “oneerlijk of te kwader trouw” heeft gehandeld tegenover schuldeisers of andere belanghebbenden (artikel 23 lid 1). Zoals bekend dient een schuldenaar die toegang wenst tot de Wsnp o.m. te voldoen aan de goede trouw-toets en kan de schuldsaneringsregeling tussentijds worden beëindigd wanneer hij zich niet aan zijn verplichtingen houdt of als er nieuwe omstandigheden bekend worden waardoor geen

sprake blijkt te zijn van goede trouw. Zie artikel 288 Fw en artikel 350 Fw. alsmede uitvoerige jurisprudentie.

- Specifieke categorieën schulden kunnen worden uitgesloten indien die uitsluiting naar behoren is gerechtvaardigd (artikel 23 lid 4), denk aan studieschulden, die niet onder de werking van de Wsnp vallen.

INSOLAD plaatst hierbij wel de volgende kanttekening. Zoals uit de eerdere consultatie van INSOLAD over de Wsnp volgt, is de toegang tot de Wnsp niet problematisch door de gehanteerde ingangstoets.[1] Dus alhoewel kan worden geconstateerd dat de Wsnp aan de Richtlijn voldoet, is de praktijk weerbarstiger en rijst de vraag of Nederland, zelfs na implementatie van de Richtlijn, wel aan haar verplichtingen uit hoofde van de Richtlijn voldoet. In dit verband vraagt INSOLAD in het bijzonder aandacht voor het volgende. Men kan zich afvragen of de toelating van ondernemers tot de Wsnp werkelijk optimaal geregeld is. Voordat de schuldenaar kan worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling moet hij eerst met hulp van een daarvoor aangewezen (gemeentelijke) schuldhulpverleningsinstantie een poging hebben gedaan om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen (artikel 285 lid 1, onderdeel f, Fw). Schuldhulp voor ondernemers is in de praktijk echter slecht geregeld. In bijna twee derde van de gemeenten bleek hulp voor ondernemers onduidelijk of geheel afwezig te zijn.[2] Weliswaar is gezorgd voor een wettelijke verankering voor de verplichting tot schuldhulpverlening, maar daarmee is zulks in de praktijk natuurlijk nog niet gerealiseerd.

Kwijtschelding vs. buiten invorderingstelling

De Richtlijn bepaalt dat er een procedure moet zijn die leidt tot “volledige kwijtschelding”. De Wsnp leidt niet tot kwijtschelding maar tot buiten invorderingstelling van schulden: *Door de beëindiging van de toepassing van de schuldsaneringsregeling op grond van artikel 356, tweede lid, is een vordering ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt, voorzover deze onvoldaan is gebleven, niet langer afdwingbaar, onverschillig of de schuldeiser al dan niet in de schuldsaneringsregeling is opgekomen en onverschillig of de vordering al dan niet is geverifieerd (358 Fw).*

De Ontwerp Memorie zegt hierover:

[1] Zie https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/Consultatiebrief_INSOLAD-Wet_Wijziging_Wsnp.pdf
[2] Zie https://www.binnenlandsbestuur.nl/sociaal/nieuws/schuldhulp-voor-ondernemers-nog-steeds-niet-op.15731462.lynkx

Als de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren doorloopt kunnen de schuldeisers betaling van de schulden – op enkele hierna genoemde uitzonderingen na – niet langer afdwingen en krijgt de schuldenaar dus de kwijtschelding van schuld waar titel III van de Richtlijn op ziet.

Kwijtschelding is juridisch een ander instrument (namelijk een afstand van het vorderingsrecht) dan omzetting in een natuurlijke verbintenis, waarmee uitsluitend de afdwingbaarheid aan de vordering komt te ontvallen.

Het bestaan van de resterende natuurlijke verbintenis voor schuldenaar en de gerelateerde aanspraken van de schuldeisers heeft tot de nodige onduidelijkheden geleid. Schuldeisers (waaronder de fiscus) hebben langdurig geprobeerd om over te gaan tot verrekening van hun tot natuurlijke verbintenis verworden vorderingen met schulden die na toelating tot de Wsnp zijn ontstaan. In 2019 heeft de Hoge Raad (HR 15 maart 2019, ECLI:NLHR:2019:377) nog bepaald dat het rechtens niet meer afdwingbaar zijn van vorderingen betekent dat ook geen verrekening met de schuldenaar ter zake deze vordering meer is toegestaan. INSOLAD geeft in overweging dit in de Ontwerp Memorie te verduidelijken, onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Concept Wetsontwerp – artikelsgewijs commentaar

Artikel I, onderdelen B, C, E, G, O, AA en DD

artikel 71 Fw:

“Onverminderd artikel 65, neemt de rechtbank geen beslissing als bedoeld in het eerste en tweede lid dan nadat zij de curator, de schuldenaar en de schuldeisers op een door haar nader te bepalen wijze en binnen een door haar te bepalen termijn in de gelegenheid heeft gesteld een zienswijze te geven.”

De Ontwerp Memorie merkt op dat deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 27 lid 4 van de richtlijn. Zo zouden er geschikte procedures voorhanden moeten zijn om eventuele geschillen over de vergoeding van deskundigen (insolventiefunctionarissen zoals bedoeld in de Herschikte Insolventieverordening daaronder begrepen) te beslechten. INSOLAD meent dat de Richtlijn niet verplicht om individuele schuldeisers gelegenheid te geven om een zienswijze over de kosten te geven. INSOLAD vreest ook voor een aanzienlijke ‘administratieve’ last

indien zijdens curatoren en / of bewindvoerders ook weer op die zienswijze zal moeten worden gereageerd, waarna ook de rechtbank zich er nog over zal moeten buigen.

INSOLAD uit de zorg dat op deze wijze toch een grote en mogelijk belastende praktijk voor de rechterlijke macht kan ontstaan indien er veelvuldig geschillen over kosten ontstaan. Dat geldt met name ook voor de WHOA procedure die is opgesteld als een (kosten)efficiënte en informele procedure.

In ieder geval moet worden voorkomen dat partijen de kostenprocedure strategisch inzetten om rechtmatige werkzaamheden van de betreffende deskundigen te bemoeilijken. Voor zover de voorgestelde wijzigingen zijn ingegeven om meer checks & balances te introduceren rondom de kosten die samenhangen met het beheer van de boedel, bijvoorbeeld in verband met kostbare zaken zoals juridische procedures door de boedel, geeft INSOLAD in overweging dat in de praktijk betrokkenen veelvuldig plegen te worden gehoord voordat toestemming wordt gegeven door de Rechter-Commissaris voor het aanvangen van een juridische procedure. Deze op zich goede en nuttige praktijk zou eventueel verder kunnen worden geformaliseerd.

INSOLAD meent dat overigens dat artikel 27 lid 4 van de Richtlijn dus niet behoeft te worden geïmplementeerd voor zover het gaat om faillissement, surseance van betaling en Wsnp. Daarbij geldt dat zowel het faillissement, de surseance van betaling en de Wsnp geen *debtor in possession procedures* zijn. In deze gevallen is bovendien sprake van een praktijk waarbij de Rechtbank toezicht houdt op de kosten en salarisvaststelling ook door de Rechtbank geschiedt. Het is ook de Rechtbank die het uurtarief bepaalt.

INSOLAD merkt hier verder op dat er in de praktijk ook al overleg plaatsvindt tussen Recofa en INSOLAD over de salariëring van curatoren en bewindvoerders, zulks op basis van een uurtarief gekoppeld aan ervaringsjaren, waarbij dit uurtarief in overleg wel kan worden aangepast en ook van tijd tot tijd wordt geïndexeerd. Deze regeling is evenwichtig en functioneert in de praktijk naar behoren.

INSOLAD wenst in ieder geval betrokken te worden bij het overleg met Recofa over de inhoud van de AMvB omdat het in de praktijk toch overwegend haar leden zijn, die door de inhoud van de AMvB worden geraakt. Hoegenaamd komt de AMvB in feite neer op een (salaris)beschikking met algemene gelding ten opzichte van een concrete en beperkte groep.

Wat INSOLAD zich ten slotte wel kan voorstellen is dat zo er in voorkomende gevallen een commissie van schuldeisers (artikel 74 Fw e.v.) wordt benoemd en dat de commissie van schuldeisers in de gelegenheid wordt gesteld om een zienswijze te geven, indien toch wordt besloten om vast te houden om ook in faillissement en surseance een zienswijze te vragen aan de schuldeisers.

Artikel I, onderdeel EE

INSOLAD geeft in overweging om in de Ontwerp Memorie te verduidelijken dat ook wanneer direct een akkoord wordt aangeboden bij aanvang van de WHOA procedure, de afkoelingsperiode beschikbaar is. INSOLAD meent dat dit het geval moet zijn, en heeft daarover eigenlijk geen twijfel maar door dit te expliciteren wordt het boven iedere discussie verheven. Immers, juist ook wanneer direct een akkoord wordt aangeboden kan het zo zijn dat er nog steeds een *cram down* nodig is en dat bij afwezigheid van een afkoelingsperiode het aangeboden akkoord alsnog wordt gefrustreerd doordat de voorgezette bedrijfsvoering – juist wanneer de levensvatbaarheid in het geding is zolang het akkoord niet is gehomologeerd – door individuele verhaalsacties wordt bemoeilijkt.

Bij dit onderdeel wordt verder voorgesteld om "zoals het verzoek om en de afkondiging van een afkoelingsperiode als bedoeld in artikel 376" toe te voegen. Daarmee wordt ook artikel 7 lid 5 aanhef en onder b van de richtlijn meegenomen.

Artikel I, onderdeel FF

De WHOA kent op dit moment twee functionarissen. De herstructureringsdeskundige en de observator. In het Concept Wetsontwerp en in de Ontwerp Memorie worden deze twee functionarissen in voorkomende gevallen gelijkgesteld met de herstructureringsdeskundige zoals in de Richtlijn bedoeld.

In de Richtlijn is in artikel 5 (schuldenaar-in-bezit) bepaald dat lidstaten moeten voorzien in de aanstelling van een deskundige op het gebied van herstructurering **om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen over en de opstelling van het plan** ten minste in de volgende gevallen:

a. indien een rechterlijke of administratieve instantie overeenkomstig artikel 6, lid 3 een algemene schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen

verleent en besluit dat een dergelijke deskundige op het gebied van herstructurering nodig is om de belangen van de partijen te waarborgen;

b. indien het herstructureringsplan door een rechterlijke of administratieve instantie moet worden bevestigd door middel van een categorie-overschrijdende cram-down overeenkomstig artikel 11; of

c. indien hierom door de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers wordt verzocht, mits in dat laatste geval de kosten van de deskundige op het gebied van herstructurering door de schuldeisers worden gedragen.

De huidige Faillissementswet voorziet in de gevallen onder a en b in de aanstelling van een observator en in het geval c voor een herstructureringsdeskundige.[3]

Nederland voert dus voor een en dezelfde herstructureringsdeskundige uit de Richtlijn twee personen op: de herstructureringsdeskundige en de observator. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de WHOA heeft de herstructureringsdeskundige die – in de kern – het akkoord voorbereidt, ter stemming brengt en voor homologatie voordraagt een actieve rol, terwijl de observator – in de kern – toch meer een toezichthoudende rol heeft.

De figuur uit artikel 5 van de herstructureringsrichtlijn ligt naar de mening van INSOLAD dichter bij de figuur van de Nederlandse herstructureringsdeskundige dan bij de figuur van de observator. Het komt INSOLAD daarom voor dat nu de Richtlijn in de WHOA wordt geïmplementeerd ook in de gevallen onder a en b dient te worden voorzien in de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (mits nog niet aanwezig). Daarmee zou de rol van de observator wel marginaler worden.

In dit verband wordt nog het volgende opgemerkt. De Richtlijn verplicht tot het vermelden van de identiteit van de herstructureringsdeskundige in het aangeboden akkoord. Nu zal dat in de praktijk toch al wel gebeuren, maar wat nu indien er geen herstructureringsdeskundige is benoemd, maar wel een observator. Moet de identiteit van de observator dan ook worden vermeld? Hier wreekt zich dat de rol van de observator niet systematisch is ingebed in de WHOA. De vraag is verder hoe deze figuur – die in feite zeer beperkte bevoegdheden heeft ten

[3] Uit de transponeringstabel bij de consultatiestukken blijkt dat de wetgever meent dat dit lid en haar onderdelen geen implementatie behoeft, aangezien lid 3 onder a al geregeld is in artikel 379 lid 9, tweede zin, Fw, lid 3 onder b al geregeld is in artikel 383 lid 4, tweede zin, Fw en lid 3 onder c al geregeld is in artikel 371 lid 3, tweede zin, en lid 10, vierde zin.

aanzien van het herstructureringsproces en de totstandkoming van het akkoord – zich tot de Richtlijn verhoudt, met name ook wanneer een afkoelingsperiode wordt afgekondigd. De Richtlijn veronderstelt immers dat op dat moment de herstructureringsdeskundige wordt aangesteld die blijkens de Richtlijn ook de mogelijkheid heeft om een akkoord te bewerkstelligen.

Daarnaast staat in artikel 6 lid 9 aanhef en sub b van de Richtlijn dat een afkoelingsperiode kan worden opgeheven op verzoek van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. In het huidige lid 10 van artikel 376 Fw staat dat – voor zover nu relevant – de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, een verzoek kunnen doen om de afkoelingsperiode op te heffen. Ook hier geldt dat het onderscheid tussen de observator en de herstructureringsdeskundige in aanmerking moet worden genomen. Het is voorstelbaar dat op het moment dat een afkoelingsperiode zou moeten worden opgeheven er wel een observator is, maar geen herstructureringsdeskundige. INSOLAD geeft derhalve in overweging om in artikel 376 lid 10 te bepalen dat indien er geen herstructureringsdeskundige is de observator om opheffing kan vragen indien zulks nodig is.

Artikel I, onderdeel GG

In artikel 6 lid 8, tweede alinea, van de Richtlijn is bepaald wanneer de duur van de afkoelingsperiode maximaal vier maanden mag zijn. Deze termijn wordt mogelijk (allicht) onbedoeld verkort in lid 6 van artikel 376 Fw. Het is voorstelbaar dat in een dergelijk geval een eerste instantie een afkoelingsperiode van twee maanden is afgekondigd. De Richtlijn geeft dan de ruimte om deze afkoelingsperiode met twee maanden te verlengen (tot maximaal vier maanden). Het huidige lid 6 van artikel 376 Fw biedt die ruimte niet. INSOLAD geeft in overweging dit aspect mee te nemen in het verdere wetgevingsproces ten aanzien van het Concept Wetsontwerp.

In artikel 376 lid 6 aanhef en sub b Fw is bepaald dat de afkoelingsperiode niet wordt verlengd indien de COMI vanuit een andere lidstaat is verplaatst drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van het bepaalde *in de Tweede Afdeling homologatie van een onderhands akkoord*. INSOLAD wijst er op dat een beslissing ex artikel 42a Fw ook een eerste beslissing kan zijn. Het lijkt in de rede te liggen dat de beperking die ten aanzien van de afkoelingsperiode geldt evenzeer toepassing zou moeten vinden ten aanzien van beslissingen van de rechter ex artikel 42a Fw. *Artikel I, onderdeel LL*

INSOLAD wijst erop dat nieuwe financiering benodigd voor het akkoord niet dezelfde bescherming geniet als welke bestaat op grond van het bepaalde in artikel 42a.

Uit artikel 18 lid 5 van de Richtlijn vloeit voort dat in het kader van de homologatie beslissing expliciet dient te worden stilgestaan bij welke nieuwe financieringstransacties onderdeel van het akkoord bescherming genieten tegen een pauliana indien het akkoord na homologatie toch niet voldoende blijkt om het faillissement af te wenden. INSOLAD geeft daarom in overweging te bepalen dat door de Rechtbank des verzocht in de homologatiebeslissing expliciet moet worden besloten welke transacties bescherming genieten.

Artikel 384 Fw - dissenting creditors vs niet instemmende schuldeisers

In artikel 384 lid 3 Fw staat:

'Op verzoek van één of meer stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of die ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, kan de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord, afwijzen als summierlijk blijkt dat deze schuldeisers of aandeelhouders op basis van het akkoord slechter af zijn dan bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement."

INSOLAD wijst erop dat – alhoewel de bedoeling van de bepaling helder is – deze bepaling zo zou kunnen worden gelezen dat ook stemgerechtigde vermogensverschaffers die niet aan de stemming hebben deelgenomen omdat zij er zelf voor hebben gekozen om niet te stemmen, nog steeds een verzoek kunnen doen om de homologatie van het akkoord af te wijzen. Uiteraard is dat niet hoe de WHOA procedure werkt en dat is ook wel duidelijk, maar desalniettemin is de formulering van de bepaling niet zonder meer helder. Indien men naar de Engelstalige versie van de Richtlijn kijkt dan wordt daar gesproken van *dissenting creditors*, wat zoveel betekend als diegene die het niet met het plan eens zijn, hetgeen een betekenis is die verschilt van het Nederlandse "niet met het akkoord hebben ingestemd" welke begrip taalkundig ten minste ook bevat de categorie van schuldeisers die feitelijk niet hebben gestemd en dus ook niet hebben tegengestemd. Waardoor deze groep in de systematiek van de WHOA juist niet meer tegen de homologatie van het akkoord kunnen opkomen. Hetzelfde geldt – mutatis mutandis – voor het vierde lid van artikel 384 Fw. Er zijn ook nog andere verschillen te vinden tussen de Nederlandse en Engelse versie van de Richtlijn.

Tot slot, nu de implementatie van de Richtlijn reden geeft tot aanpassing van de huidige WHOA regeling, geeft INSOLAD de wetgever in overweging om gelijk een omissie in de WHOA regeling te ondervangen. In de WHOA en de Richtlijn wordt – in de ogen van INSOLAD – ten onrechte geen rekening gehouden met het feit dat veel ondernemingen gestructureerd zijn in een groep van vennootschappen. Helaas hebben ook wij dit niet gesignaleerd tijdens de consultatie maar wij vangen uit de praktijk wel tekenen op dat tegen deze omissie wordt aangelopen. In de huidige WHOA is het immers niet eenvoudig mogelijk om te komen tot een herstructurering van de groep als geheel of van meerdere vennootschappen uit de groep. Een schuldeiser kan immers alleen verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige in de vennootschap waarop hij een vordering heeft. Ook een aandeelhouder kan alleen een herstructureringsdeskundige laten benoemen in de vennootschap waarin hij aandelen heeft. Bij financiële problemen kan het echter noodzakelijk zijn om de hele groep of diverse vennootschappen uit de groep te herstructureren. Schuldeisers en aandeelhouders kunnen dit niet bewerkstelligen en ook de herstructureringsdeskundige kan zelf niet zijn bevoegdheid laten uitstrekken tot andere groepsvennootschappen. INSOLAD geeft de wetgever in overweging om langs de lijn van de concern-enquête het ook mogelijk te maken om een concern-WHOA toe te passen.

INSOLAD verzoekt hierbij vriendelijk uw aandacht voor bovenstaande punten.

Hoogachtend,

Namens INSOLAD en de consultatiecommissie,

[redacted]

Het bestuur