

Ingediend via www.internetconsultatie.nl
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer dr. mr. F.B.J. Grapperhaus

Den Haag, 29 april 2021

dossiernummer: [REDACTED]

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: [REDACTED]

e-mail: [REDACTED]

Betreft: Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie

Geachte minister,

Op 2 april 2021 is de internetconsultatie 'Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie' gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,

[REDACTED] de algemene raad,

[REDACTED]
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres

Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Van:	adviescommissie insolventierecht
Datum:	29 april 2021
Betreft:	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)

Inleiding

Op 20 juni 2019 is vastgesteld 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 (hierna: de **Richtlijn**).

De Richtlijn bepaalt dat iedere lidstaat erin moet voorzien dat:

1. een onderneming in financiële moeilijkheden toegang heeft tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt insolventie te voorkomen;
2. een natuurlijke persoon die een handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit uitoefent (hierna: ondernemer), een tweede kans kan krijgen in de vorm van een kwijtschelding van zijn schuld en de opheffing van een eventueel bij de faillietverklaring opgelegd beroepsverbod;
3. procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden en daardoor minder lang duren, en
4. informatie over de effectiviteit van insolventieprocedures wordt verzameld.

De Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie (het **Wetsvoorstel**) strekt ter implementatie van de Richtlijn.

Het advies van de adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse orde van advocaten (**adviescommissie**)¹ inzake het Wetsvoorstel treft u in het navolgende aan.

¹ De adviescommissie bestaat uit Frauke van der Beek, Marike Boersen, Karen Harmsen, Bert Jansen, Olaf Poorthuis, Robbert Jan van der Weijden en Thijs van Zanten.

1. Algemeen – Memorie van Toelichting

Het algemeen deel van de Memorie van Toelichting start met een beschrijving van het doel en de inhoud van het wetsvoorstel (hoofdstuk 1) en vervolgt met een schets op hoofdlijnen van de Richtlijn (hoofdstuk 2). Hoofdstuk 3 van de Memorie van Toelichting ziet op de wijze van implementatie van de Richtlijn. De hoofdstukken 3.1 en 3.2 geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.

Hoofdstuk 3.3 ziet op de maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures. De Memorie van Toelichting begint met het inventariseren van bepalingen uit de huidige Faillissementswet (voornamelijk ten aanzien van de gehanteerde korte termijnen binnen insolventieprocedures), de Wet Modernisering Faillissementsprocedure (waaronder uitbreiding van digitale communicatie en betere inzet gespecialiseerde rechters-commissarissen) en er wordt verwezen naar de diverse richtlijnen van o.a. Recofa. De Memorie van Toelichting wekt daarmee de indruk dat Nederland al grotendeels voldoet aan de Richtlijn.

Art. 26 en 27 van de Richtlijn hebben betrekking op – kort gezegd – de vereisten voor benoeming van de herstructurerings- en insolventiedeskundigen respectievelijk het toezicht op die deskundigen. Blijkens de instructie van de EU dienen de lidstaten erop toe te zien dat de te benoemen deskundigen adequaat worden opgeleid en beschikken over de voor hun taken vereiste deskundigheid, dat de voorwaarden voor en de procedure van de benoeming duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn, dat deze kenmerken ook in aanmerking worden genomen bij een benoeming in een specifieke zaak en – tot slot – dat schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen een benoeming van een deskundige.

Wat betreft het toezicht op deskundigen dienen lidstaten te voorzien in gepaste toezichts- en regelgevingsmechanismen om het werk van de deskundige daadwerkelijk te controleren. De informatie hierover moet voor het publiek beschikbaar zijn, gedragscodes moeten worden aangemoedigd en de vergoeding dient bij te dragen aan een efficiënte afwikkeling van de procedure.

De Memorie van Toelichting verwijst o.a. naar de Recofa-Uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders van 15 maart 2013, waarin een aantal uitgangspunten staat geformuleerd die dienen te worden gehanteerd bij de beoordeling van een verzoek tot plaatsing op de curatorenlijst. De Memorie van Toelichting meldt dat als een curator of bewindvoerder niet langer aan de eisen voldoet, hij van de lijst kan worden geschrapt. Ondanks dat de Memorie van Toelichting zelf ook aangeeft dat nadere landelijke criteria voor benoeming ontbreken, geeft de Memorie van Toelichting een onjuist beeld van de status van de Recofa-richtlijnen. De in de Recofa-Richtlijnen genoemde voorwaarden zijn immers geen eisen, maar ‘het gaat om uitgangspunten, niet om dwingende voorschriften en evenmin om (bindend) beleid’ (citaat uit het voorwoord van de Recofa-Uitgangspunten). Uit onderzoek verricht door mr. J.B.A. Jansen, lid van de adviescommissie, onder de faillissementscommissies en een gesprek met Recofa is hem gebleken dat van de Recofa-Uitgangspunten daadwerkelijk wordt afgeweken, althans dat de verschillende rechtbanken elk een eigen beleid hanteren dat met het komen en gaan van rechters-commissarissen kan wijzigen en waarbij het vervolgens voor de meeste faillissementscommissies zelden duidelijk is welk beleid wordt gevoerd. Zijn constatering is dan ook dat momenteel niet wordt voldaan aan art. 26 van de Eu-Herstructureringsrichtlijn. Een enkele aanscherping van de Recofa-Uitgangspunten, zoals genoemd in de Memorie van Toelichting, acht mr. Jansen dan ook

onvoldoende om alsnog aan de Richtlijn te kunnen voldoen. De aangekondigde algemene maatregelen van bestuur zullen een belangrijke inhoudelijke functie dienen te krijgen.

Voor herstructureringsdeskundigen en observators bestaan inderdaad in het geheel nog geen regels, zoals de Memorie van Toelichting terecht beschrijft. Gelet op de recente inwerkingtreding van de WHOA is dat ook nog niet zo verwonderlijk. Echter, gelet op het feit dat na de inwerkingtreding van de WHOA voorzichtig geconstateerd kan worden dat de WHOA voldoet aan een behoefte en van de regeling vrij goed gebruik wordt gemaakt in de praktijk, is een spoedig formulering van benoemingenbeleid voor deze functionarissen gewenst.

Anders dan bij curatoren en WHOA-functionarissen is de benoeming van WSNP-bewindvoerders redelijk goed geregeld. De voor hen geldende Recofa-richtlijnen zijn meer uitgewerkt.

De adviescommissie juicht de aanpassing in de Faillissementswet toe om bij maatregelen van bestuur nadere regels te stellen omtrent de aanstelling van curatoren, bewindvoerders en WHOA-functionarissen. Dit gaat echter verder dan een enkele aanscherping van de Recofa-Uitgangspunten. De voorwaarden voor benoeming spelen ook een rol bij de voorwaarden om weer te kunnen worden ontslagen of geschrapt. De voorwaarden voor benoembaarheid en toezicht hangen mede af van de invulling van de taak van de insolventiedeskundige. De inhoud van die taak dient dan ook nader ingevuld te worden, aangezien ook die taakomschrijving niet in de Faillissementswet is terug te lezen, anders dan de algemene norm van – bijvoorbeeld – art. 68 lid 1 Fw. Aangezien de wetgever er de laatste jaren voor heeft gekozen specifieke taken aan de curator toe te wijzen (fraudeonderzoek) en ook de jurisprudentie aanvullende taken van de curator heeft benoemd (maatschappelijke belangen in verhouding tot belangen van individuele schuldeisers), is het zaak een duidelijke, transparante en voor elke functionaris geldende taakomschrijving te komen. Eerst nadat een wettelijke taakomschrijving voorhanden is, kan worden getoetst of een insolventiedeskundige conform zijn taak handelt en al dan niet als zodanig aan kan blijven. Hierover besluiten kan alleen na een diepgaande, principiële discussie.

Temeer tegenwoordig insolventiedeskundigen substantieel hebben geïnvesteerd in een kantoororganisatie dat afgestemd is op de insolventiepraktijk en de daaraan te stellen praktischeisen, terwijl de overheid (vanzelfsprekend) geen garantie kan geven dat de desbetreffende insolventiedeskundige ook daadwerkelijk wordt benoemd, mag wel van de wetgever worden verwacht dat – conform de instructie van de Richtlijn – duidelijke en transparante regels worden gesteld waardoor men kan weten of men in elk geval al dan niet benoembaar is. In het verleden zijn procedures gevoerd door advocaten die als curator werden geschrapt, terwijl niet duidelijk was waarom zij waren geschrapt. Het is de verantwoordelijkheid van de overheid als ‘opdrachtgever’ voor curatoren dergelijke onduidelijkheid zo veel mogelijk te voorkomen. Daar is meer voor nodig dan een enkele aanscherping van de Recofa-Uitgangspunten. Belangrijker dan deze implementatiewetgeving zal dan ook de invulling ervan zijn in de aangehaalde algemene maatregelen van bestuur.

Ook de overige hoofdstukken in het algemeen deel van de Memorie van Toelichting geven de adviescommissie geen aanleiding tot het maken van opmerkingen.

2. Artikelsgewijs commentaar

Artikel I betreft voorgestelde wijzigingen in de Faillissementswet.

De onderdelen A tot en met C geven geen aanleiding tot nadere opmerkingen. De adviescommissie verwijst naar hetgeen hiervoor is opmerking bij hoofdstuk 3.3 van de Memorie van Toelichting.

Met onderdeel D wordt het per 1 januari 2021 ingevoerde artikel 42a Fw gewijzigd in verband met het bepaalde in de artikelen 17 en 18 van de Richtlijn. De adviescommissie kan zich vinden in de verduidelijking van het huidige artikel 42a aanhef en onder a Fw in het nieuwe artikel 42a lid 1 onder a Fw, waardoor duidelijk wordt dat de machtiging ex artikel 42 Fw niet alleen bescherming biedt aan rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten maar ook voor rechtshandelingen die verband houden met de voorbereiding van het akkoord zelf. Omdat met artikel 42a Fw een uitzondering wordt gemaakt op artikel 42 Fw is het inderdaad noodzakelijk dat over de reikwijdte van deze uitzondering geen – althans zo min mogelijk – onduidelijkheid bestaat.

De beoogde toevoeging van lid 2 aan artikel 42a Fw is logisch gezien het feit dat het mogelijk is dat een verzoek tot machtiging ex artikel 42a Fw de eerste maal is dat de rechter wordt betrokken in het kader van een WHOA procedure. Dan moet de schuldenaar een keuze maken voor een openbare of besloten procedure. Met deze toevoeging aan artikel 42a Fw wordt duidelijk dat de schuldenaar dit ook moet doen wanneer een verzoek tot machtiging ex artikel 42a Fw het eerste verzoek is dat wordt gedaan aan de rechter.

Onderdeel E geeft de adviescommissie geen aanleiding tot opmerkingen.

Onderdeel F betreft een voorgestelde wijziging van artikel 215 Fw en vloeit voort uit de implementatie van artikel 26 lid 1 van de Richtlijn. In de toelichting op deze wijziging in de Memorie van Toelichting wordt gewezen op de door Recofa ontwikkelde richtlijnen ten aanzien van de procedure en de voorwaarden voor de benoeming van onder meer bewindvoerders in surseance. De adviescommissie stemt in met het stellen van nadere regels aan de benoeming van bewindvoerders maar verwijst voor de toereikendheid van de Recofa-Richtlijnen op dit punt naar de algemene opmerkingen over hoofdstuk 3.3 van de Memorie van Toelichting.

De onderdelen G en O dienen ter implementatie van artikel 27 lid 4 van de Richtlijn. Uit de toelichting op deze onderdelen volgt dat de Recofa-Richtlijnen voor de surseance van betaling bepalingen bevatten die zien op de salarisvaststelling. Gesteld wordt dat deze bepalingen een efficiënt verloop van de surseance van betaling bevorderen en daarmee goed aansluiten bij artikel 27 van de Richtlijn. Om ervoor te zorgen dat dit blijvend het geval is, wordt aan artikel 250 Fw een lid toegevoegd dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur nadere regels gesteld kunnen worden omtrent de vaststelling van het salaris van bewindvoerder. Dit nieuwe artikel 250 lid 3 Fw wordt ook van toepassing indien de surseance van betaling op verzet wordt beëindigd (artikel 215a Fw). De adviescommissie kan zich vinden in het toevoegen van de mogelijkheid om de regels voor salaris vaststelling te wijzigen bij algemene maatregel van bestuur. Wel vraagt de adviescommissie zich af waarop de stelling in de Memorie van Toelichting dat de thans geldende regels voor de vaststelling van het salaris van de bewindvoerder conform het bepaalde in de Recofa-Richtlijnen een efficiënt verloop van de surseance bevordert, is gebaseerd. In zijn algemeenheid kan niet worden gesteld dat het vergoeden van de door de bewindvoerder gemaakte uren leidt tot een efficiënt verloop van de procedure.

De onderdelen H-N en P-Y dienen ter implementatie van het bepaalde in artikel 27 van de Richtlijn, op grond waarvan aan Lidstaten de eis wordt gesteld erin te voorzien dat gepast toezicht op de bewindvoerder in surseance van betaling wordt gehouden. Dit leidt tot de aanpassing van een aantal artikelen in de regeling van de surseance van betaling, waarin nog werd uitgegaan van de mogelijke benoeming van een rechter-commissaris. In lijn met de ook al bestaande praktijk en de bepalingen in de Richtlijn is de voorgestelde wijziging dat in alle surseances van betaling een rechter-commissaris wordt benoemd, logisch.

Tegelijk wordt ook de inhoudelijke taak van rechter-commissaris uitgebreid. In de Memorie van Toelichting wordt niet expliciet duidelijk dat deze voorgestelde wijziging ook voortvloeit uit de Richtlijn. Impliciet lijkt te worden betoogd dat de verruiming van de taak van de rechter-commissaris bijdraagt aan de door artikel 27 van de Richtlijn vereiste waarborg dat bewindvoerders hun werkzaamheden doeltreffend, bekwaam en op onpartijdige en onafhankelijke wijze uitvoeren. Wanneer dit inderdaad het aan deze wijziging onderliggende betoog is, verdient het aanbeveling dit ook expliciet te maken in de Memorie van Toelichting.

Onderdeel J wordt in de Memorie van Toelichting afzonderlijk toegelicht. Naar de mening van de adviescommissie vloeit de voorgestelde wijziging van artikel 224a Fw logisch voort uit artikel 26 lid 1 van de Richtlijn.

De onderdelen Z en AA geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.

Onderdeel BB beoogt ter implementatie van artikel 23 leden 2 en 3 van de Richtlijn artikel 349a Fw te wijzigen. Het huidige artikel 349a maakt verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk – een verlenging van de termijn dat de schuldenaar aan de WSNP regels moet voldoen. Dit is een uitzondering op tussentijdse beëindiging of niet verlenen van de schone lei aan het einde van de drie jaar, terwijl daar dan wel gronden voor aanwezig zijn. De termijn dat de schuldenaar aan de WSNP regels moet voldoen kan worden verlengd van drie naar vijf jaar.

De Richtlijn staat een dergelijke verlenging van de kwijtscheldingstermijn toe, maar vereist wel dat verlenging alleen plaats vindt in bepaalde, welomschreven omstandigheden en dat deze afwijking – van de drie jaar – naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 lid 2 en 3 van de Richtlijn). In het onderhavige wetsvoorstel wordt artikel 349a, eerste en tweede lid, Fw daarom iets aangescherpt. Verduidelijkt wordt op welke gronden verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk is (artikel I, onderdeel BB). De wijzigingen zijn naar de mening van de adviescommissie helder en daarmee wordt ook de in de Richtlijn beoogde aanscherping bereikt. Van belang is dat verlenging in plaats van tussentijdse beëindiging of weigering schone lei enkel gerechtvaardigd is indien de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsaneringsregeling alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. Het effect is dat het de rechter/rechter-commissaris (beter) moet motiveren waarom er wordt afgeweken van de geldende drie jaar. Als daar goede gronden voor bestaan, dan is verlenging opportuun en dient dit ook het hogere doel om natuurlijke personen een tweede kans te gunnen. Doel van de WSNP is immers om te voorkomen dat een natuurlijke persoon die in een problematische financiële situatie terecht is gekomen tot in lengte van jaren met zijn schulden kan worden achtervolgd.

Met de onderdelen BB tot en met MM worden wijzigingen voorgesteld in Titel 4.2 (WHOA) van de Faillissementswet. Deze voorgestelde wijzigingen geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.

De artikelen II tot en met V geven de adviescommissie geen aanleiding tot nadere opmerkingen.