

CONSULTATIEREACTIE

Reactie van de Nederlandse Vereniging van Banken

Datum: 3 mei 2021

Inleiding

De NVB heeft kennis genomen van het in consultatie gebrachte voorstel voor de 'Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie' en van de memorie van toelichting (MvT) daarop. De NVB maakt graag gebruik van de mogelijkheid daarop te reageren.

Zoals al blijkt uit de Transponeringstabel Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende herstructurering en insolventie, die onderdeel uitmaakt van de MvT, hoeft het merendeel van de artikelen niet meer te worden geïmplementeerd, aangezien veel van de bepalingen daaruit al onderdeel uitmaken van de per 1 januari 2021 in werking getreden Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA).

Bij enkele artikelen die wel nog implementatie behoeven en met name ook bij de MvT heeft de NVB een aantal vragen en opmerkingen. Omdat de reactietermijn kort is volstaat de NVB in dit stadium met een reactie op de voor banken belangrijkste onderdelen.

Reactie NVB per onderdeel

1. Implementatie Richtlijn in WHOA (paragraaf 3.1. MvT, pag. 20) is goede keuze

Het Ministerie heeft ervoor gekozen om ter implementatie van de Richtlijn geen wijzigingen door te voeren in de surseance van betaling, maar in de WHOA. De laatste is natuurlijk al bij totstandkoming zoveel mogelijk afgestemd op de Richtlijn.

Commentaar NVB

De NVB is van mening dat informele herstructureringen vaak niet alleen effectiever zijn dan formele herstructureringen, maar ook tegen relatief lage kosten kunnen worden uitgevoerd.

Herstructureringen langs minnelijke weg verdienen daarom de voorkeur boven formele procedures. In een aantal gevallen is een formele procedure echter noodzakelijk. De WHOA is wat de NVB betreft daarvoor de aangewezen procedure, dit in tegenstelling tot de andere formele herstructureringsprocedure, de surseance van betaling.

In de eerste plaats is dit praktisch: de WHOA voldoet al grotendeels aan de richtlijn. In de tweede plaats zal door verdere implementatie van de Richtlijn de WHOA versterkt worden en naar

verwachting de meest gebruikte formele procedure voor herstructureringsprocedures worden.

De surseance van betaling wordt in de praktijk om diverse redenen niet meer als een reële optie voor een formele herstructureringsprocedure gezien. De NVB veronderstelt dat deze redenen bekend zijn en zal daar op deze plaats niet verder op in gaan. Alhoewel de ervaringen nog beperkt zijn, zo kort na de invoering van de WHOA, lijkt de WHOA voor de herstructureringspraktijk een goed alternatief voor de surseance te zijn. Een verdere versterking van de WHOA door de implementatie van de laatste bepalingen uit de Richtlijn is een duidelijke keuze voor de WHOA als herstructureringsprocedure.

2. Totstandkoming akkoord op initiatief van derden (paragraaf 3.1. MvT, pag 20)

Volgens de Memorie van Toelichting is het op grond van de Richtlijn nodig dat als de schuldenaar een MKB-onderneming drijft, deze moet instemmen met de herstructureringsprocedure. Omdat de benoeming van de herstructureringsdeskundige de aanvang van de procedure markeert, stelt het Ministerie daarom voor om artikel 371 van de Faillissementswet zodanig aan te passen, dat de rechter een verzoek van een schuldeiser om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen alléén kan toewijzen als de MKB-schuldenaar daarmee instemt. Als de MKB-schuldenaar een rechtspersoon is, zal het bestuur van die rechtspersoon een goede reden moeten hebben om de benoeming van een herstructureringsdeskundige te weigeren. Indien de MKB-schuldenaar geen goede reden aanvoert kan de rechter de benodigde instemming verlenen.

Commentaar NVB:

De NVB begrijpt deze regeling aldus, dat deze probeert bij een in de ogen van een schuldeiser kennelijk noodzakelijke herstructurering van de schulden van een MKB-schuldenaar/rechtspersoon een balans te vinden tussen de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar. De MKB-schuldenaar kan immers weigeren om in te stemmen met benoeming van een herstructureringsdeskundige en daarmee een WHOA-traject tegenhouden, maar een schuldeiser kan de rechter in dat geval vragen om de weigering van (het bestuur van) de MKB-schuldenaar te toetsen.

De NVB begrijpt dat bij MKB-schuldenaren (die rechtspersoon zijn) de belangen van de MKB-schuldenaar en diens aandeelhouder voorop worden gesteld. Dat mag echter niet ten koste gaan van het belang van een schuldeiser om de rechter om een oordeel te vragen als het bestuur van een schuldenaar niet instemt met de benoeming van een herstructureringsdeskundige. De visie van bestuur en/of aandeelhouder op de onderneming en hun belangen daarin kunnen afwijken van de visie van een of meer schuldeisers. In de praktijk is nu reeds een dergelijk geval aan de orde. Een schuldeiser kan er belang bij hebben en een momentum ervoor benutten om door

middel van een “loan to own strategie” de facto het bestuur en uiteindelijk de belangen van de aandeelhouder over te nemen. In dergelijke situaties is een rechterlijke toetsing nodig om de belangen van de verschillende stakeholders op juiste wijze tegen elkaar af te wegen.

De vraag daarbij is, hoe de rechter het beste kan beoordelen of de weigering van het bestuur om in te stemmen met de benoeming van een herstructureringsdeskundige redelijk is. Welke argumenten moet (het bestuur van) de schuldenaar daarvoor aanvoeren? Moet het bestuur bijvoorbeeld aannemelijk kunnen maken dat de financiële problemen nog oplosbaar zijn en de belangen van de aandeelhouders ook ogenschouw moeten worden genomen? Hoe gaat de rechter om met de stelling van het bestuur van de MKB schuldenaar dat de schuldeiser andere belangen heeft om de schuldenaar te dwingen een WHOA traject te volgen? Wet, toelichting en jurisprudentie geven hier geen richting. De NVB vraagt zich af of dit niet verduidelijkt zou kunnen worden in de MvT, mede in het belang van een efficiënte en voorspelbare herstructurerings- en insolventiepraktijk.

3. Nieuwe financiering (paragraaf 3.1. MvT, pag 22)

Voorgesteld wordt om artikel 384 Faillissementswet, waarin de dwingende afwijzingsgronden voor homologatie van een akkoord zijn opgenomen, als volgt te wijzigen:

“... de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord een nieuwe financiering of een bepaalde transactie aan wil gaan, terwijl redelijkerwijs aannemelijk is dat deze niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad.”

In de MvT wordt hierover vermeld:

“In het kader van de homologatie van een akkoord toetst de rechter of de nieuwe financiering er niet toe leidt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk zullen worden geschaad. Hieraan wordt, gelet op artikel 10 lid 2, onderdeel e, van de richtlijn, toegevoegd dat de rechter ook toetst of de nieuwe financiering noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Is niet voldaan aan deze voorwaarden, dan wijst de rechter een verzoek tot homologatie van het akkoord waarbij sprake is van een nieuwe financiering af. “

Commentaar NVB

De NVB gaat er van uit dat “nieuwe financiering” in het voorgestelde artikel de betekenis heeft die daaraan in de herstructureringsrichtlijn is gegeven, te weten “elke nieuwe financiële bijstand waarin wordt voorzien door een bestaande of nieuwe schuldeiser teneinde een herstructureringsplan uit te voeren en die in dat herstructureringsplan is inbegrepen” (artikel 2 lid 1 onderdeel 7 Richtlijn). Om alle stakeholders in staat te stellen om de levensvatbaarheid van een bedrijf te beoordelen is het inderdaad van belang dat de nieuwe financiering in haar geheel wordt opgenomen in het herstructureringsplan. Voor de volledigheid zou het goed zijn dit in de MvT op te nemen.

Volgens de voorgestelde tekst van artikel 384 Faillissementswet zal de rechter moeten gaan beoordelen of de nieuwe financiering “onmiddellijk noodzakelijk” is voor de uitvoering van het akkoord en of de belangen van andere schuldeisers door de nieuwe financiering worden geraakt. Als een van beide oordelen negatief is moet de rechter het verzoek tot homologatie van het akkoord afwijzen. Uit de MvT wordt niet helder welke gevallen de wetgever voor ogen heeft.

Een nieuwe financiering in het kader van een WHOA-traject zal vrijwel altijd een zeer nauwe samenhang hebben met de herstructurering en het akkoord dat in het belang van alle stakeholders wordt aangeboden.

De NVB wijst er in dit verband op dat banken in de praktijk meestal aan bedrijven een totaalpakket aan financiering aanbieden. Dit totaalpakket bestaat uit verschillende onderdelen, elk met een eigen bestedingsdoel. Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat een bank, in het kader van een akkoord, een (nieuwe) financiering verstrekt bestaande uit een onderdeel voor de betaling van de in het akkoord aangeboden uitkeringen aan andere schuldeisers, een onderdeel voor het financieren van een noodzakelijke investering en een onderdeel werkkapitaalfinanciering¹. De NVB vraagt zich af hoe de rechter zo’n situatie zal beoordelen als de rechter gevraagd wordt om het akkoord goed te keuren. Is in het omschreven geval sprake van een financiering (althans een deel daarvan) die “niet onmiddellijk noodzakelijk” is voor de uitvoering van het akkoord, of kan worden gesteld dat deze wel dient ter uitvoering van het akkoord?

¹ Een voorbeeld van het feit dat een bank in het kader van een akkoord een financiering verstrekt die uit meerdere onderdelen bestaat is te vinden in uitspraken van de Rechtbank te Rotterdam (ECLI:NL:RBROT:2021:1768 en ECLI:NL:RBROT:2021:1769).

De NVB is van mening dat een financieringsmix geen beletsel mag zijn voor homologatie van het aangeboden akkoord. Integendeel, een dergelijke financiering is juist noodzakelijk voor het kunnen laten slagen van een herstructurering en het kunnen laten voortbestaan van de onderneming. De NVB gaat er vanuit dat de Richtlijn niet de bedoeling heeft om een dergelijke gemengde financiering in het kader van een akkoord te voorkomen. Verder is het woord “onmiddellijk” niet voorgeschreven in artikel 10 lid 2 sub e van de Richtlijn.

Op grond van het voorgaande stelt de NVB dan ook voor om het woord “onmiddellijk” in de voorgestelde tekst van artikel 384 Fw te schrappen en in de Memorie van Toelichting te verduidelijken dat de hiervoor beschreven financieringsmix geen beletsel is voor homologatie.

4. Verantwoordelijkheid bestuurders bij dreigende insolventie (paragraaf 3.1. MvT, pag 23)

In de Memorie van Toelichting wordt uitgebreid ingegaan op de vraag met welke belangen bestuurders rekening moeten houden bij dreigende insolventie en wat bestuurders moeten doen om een faillissement te voorkomen. Uit de MvT volgt dat het Ministerie van oordeel is dat het niet nodig is om de betreffende bepalingen van de Richtlijn (met name artikel 19) in de Nederlandse wet te implementeren.

Commentaar NVB

De NVB deelt de conclusie van het Ministerie en is van mening dat de normen in het Nederlandse recht al voldoende helder zijn. Het is niet nodig daarover nieuwe of aanvullende regels in te voeren. De NVB doet nog wel de suggestie om in de MvT ook te verwijzen naar de zogenaamde “Beklamel-norm”. Volgens de Beklamel-norm handelt de bestuurder van een vennootschap onrechtmatig jegens een schuldeiser, als hij namens die vennootschap verplichtingen is aangegaan, terwijl hij wist of redelijkerwijze moest begrijpen dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de schuldeiser op grond daarvan zou lijden. De “Beklamel-jurisprudentie” normeert in de rechtspraak dan ook het handelen van bestuurders van ondernemingen die financiële problemen hebben.

5. Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures (paragraaf 3.3 MvT)

In de Richtlijn zijn diverse eisen gesteld aan een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures. Voor een groot deel voldoen de Nederlandse insolventieprocedures en aanverwante regelgeving al aan de eisen die in de Richtlijn zijn gesteld.

In het wetsvoorstel is bepaald dat bij AMVB nadere regels kunnen worden gesteld omtrent de vaststelling van het salaris van de curator respectievelijk de bewindvoerder.

Commentaar NVB

De NVB onderschrijft dat er in Nederland sprake is van een vrij vlotte afwikkeling van faillissementen in de eerste maanden/jaar van een faillissement, maar er zijn teveel gevallen waarin een faillissement vervolgens toch nog lang duurt. Dat kan deels worden verklaard door aanhangige procedures maar er zijn kennelijk ook andere mechanismen die een voortvarende afwikkeling vertragen.

De NVB heeft geen bezwaar tegen een wettelijke basis, zoals een AMVB, waarbij nadere regels worden vastgesteld voor de wijze waarop het salaris van de curator of bewindvoerder wordt vastgesteld. Om een efficiënte afwikkeling van faillissementen te bevorderen is het zaak dat curatoren verzekerd zijn van hun salarisbetaling, ook als er onvoldoende geld beschikbaar is ("in de boedel zit"). Afgelopen decennium heeft de curator er krachtens wettelijke bepalingen en op grond van rechterlijke uitspraken steeds meer taken met een maatschappelijk belang bij gekregen, zonder dat er waarborgen zijn ingebouwd dat de curator voor het uitvoeren van die taken ook betaald wordt. Dit pleit ervoor dat de curator – vergelijkbaar met de bewindvoerder in geval van schuldsaneringstrajecten – aanspraak moet kunnen maken op een bijdrage van de overheid, om de curator in staat te stellen die maatschappelijke taken ook te kunnen vervullen.

6. Overige onderdelen/vroegtijdige waarschuwing (MvT paragraaf 3.5 pag. 40)

De NVB heeft kennis genomen van het voorstel van de vakorganisaties in hun consultatiereactie d.d. 21 april 2021 om een systeem in te richten, waarin derden die omstandigheden signaleren die tot insolventie zouden 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 doen, 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.

NVB denkt ook dat juist werknemers vaak zelf al signalen krijgen dat het met de onderneming niet goed gaat. Te denken valt aan minder werk, minder omzet, spronginvesteringen, veelvuldige of onverwachte wisselingen in management en klachten over openstaande facturen. Ook de werknemers en/of hun vertegenwoordigers kunnen en zullen dan zelf aan de bel trekken en vragen aan het management stellen

Commentaar NVB

De NVB vindt dit geen goed voorstel. Het voorgestelde systeem is niet eenvoudig uitvoerbaar, en er zullen in de praktijk tal van situaties zijn, die tot interpretatiegeschillen ten aanzien van het voorgestelde systeem leiden.

De veronderstelling dat de Belastingdienst en de banken altijd en volledig geïnformeerd zijn is te algemeen en daarom onjuist. Niet alleen de Belastingdienst maar ook banken hebben regelmatig

geen of te weinig informatie over mogelijke financiële problemen bij de onderneming. Daarnaast is niet eenvoudig vast te stellen wanneer de omstandigheden zodanig zijn dat deze tot “dreigende insolventie kunnen leiden”. Hier speelt altijd het probleem van de zogenoemde “hindsight bias”.

In de praktijk leiden de meeste financiële problemen niet tot insolventie, maar worden daar oplossingen voor gevonden door een bedrijfsmatige en soms ook financiële herstructurering. Enige kalmte en continuïteit van de bedrijfsactiviteiten is daarbij van belang.

De NVB vreest dat als derden verplicht worden om, indien het bestuur dit zelf nalaat, de OR te informeren over omstandigheden die tot dreigende insolventie kunnen leiden, de insolventie een “selffulfilling prophecy” gaat worden, omdat het een race to the bottom door alle crediteuren kan veroorzaken. De door de vakorganisaties voorgestelde sancties bij niet melden zullen dat risico nog verder vergroten. Uiteindelijk zal dat ook niet in het voordeel zijn van de werknemers.

De NVB heeft geen bezwaar tegen openbaarmaking van deze reactie op de consultatie. Wij zijn vanzelfsprekend graag tot een nadere toelichting bereid.

Contactinformatie

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Bijlagen

(genummerd)