Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2021–2022

36 040 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de implementatie van de Richtlijn (EU) 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) (PbEU 2019, L 172) (Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie)

Nr. 3 HERDRUK[1]

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

Op 20 juni 2019 is vastgesteld de Richtlijn (EU) 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) (PbEU 2019 L 172) (hierna: de richtlijn). Dit wetsvoorstel strekt ter implementatie van de richtlijn. Het grootste deel van de richtlijn moet in beginsel uiterlijk op 17 juli 2022 in de nationale wetgeving zijn omgezet en worden toegepast. In de bijlage bij deze memorie van toelichting is een transponeringstabel opgenomen waaruit per richtlijnartikel blijkt of implementatie noodzakelijk is en, zo ja, op welke wijze dit wordt voorgesteld.

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

[1] i.v.m. correctie in de opmaak

kst-36040-3
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2022

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.

Op 1 januari 2021 is reeds de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (hierna: WHOA) in werking getreden. De WHOA heeft in de Faillissementswet (hierna: Fw) twee nieuwe akkoordprocedures geïntroduceerd: een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid, Fw). Daarmee hebben ondernemers, in overeenstemming met hetgeen de richtlijn vereist, toegang gekregen tot een preventief herstructureringsstelsel. Bij de voorbereiding van de WHOA is ervoor gekozen om deze wet zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten. Daarom kan de door de WHOA in de Faillissementswet geïntroduceerde regeling van deze akkoordprocedures (hierna: de WHOA-regeling) nu ook dienen als implementatie van het eerste onderdeel van de richtlijn, betreffende het preventieve herstructureringsstelsel. Verder geldt voor het tweede onderdeel van de richtlijn – de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers – dat de in de Faillissementswet opgenomen Schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (hierna: WSNP) reeds voorziet in een dergelijke regeling. In dit wetsvoorstel wordt nog een beperkt aantal aanpassingen doorgevoerd in de WHOA-regeling en de WSNP om de omzetting van de genoemde onderdelen uit de richtlijn te vervolmaken. Daarnaast bevat dit wetsvoorstel enkele bepalingen waarmee de overige onderdelen van de richtlijn worden geïmplementeerd.
In beginsel moest het grootste deel van de richtlijn uiterlijk op 17 juli 2021 in de nationale wetgeving zijn omgezet en worden toegepast. Lidstaten die bijzondere moeilijkheden zouden ondervinden bij het omzetten van de richtlijn, konden op grond van artikel 34 lid 2 van de richtlijn echter aanspraak maken op een verlenging van deze omzettingstermijn met maximaal één jaar. Nederland heeft de Commissie meegedeeld hiervan gebruik te maken, vanwege moeilijkheden bij de implementatie als gevolg van de Corona-pandemie; het grootste deel van de richtlijn dient daarom uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplementeerd.
In artikel 28 van de richtlijn is – kort gezegd – bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat de betrokkenen bij een insolventieprocedure gebruik kunnen maken van elektronische communicatiemiddelen. De lidstaten krijgen meer tijd om dit artikel te implementeren. Uiterlijk op 17 juli 2024 moeten de volgende verrichtingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden gedaan:
– de indiening van vorderingen door schuldeisers in insolventieprocedures;
– het ter stemming voorleggen van herstructurerings- of terugbetalingsplannen door schuldenaren of herstructureringsfunctionarissen aan de betrokken partijen en het indienen van dergelijke plannen bij het gerecht, en
– kennisgevingen aan schuldeisers.
In aanvulling hierop moet het op uiterlijk 17 juli 2026 ook mogelijk zijn voor de betrokkenen bij een insolventieprocedure om via elektronische communicatiemiddelen bij het gerecht bezwaar en beroep aan te tekenen tegen rechterlijke beslissingen.

2. De richtlijn: een schets op hoofdlijnen

2.1 Inleiding

De richtlijn heeft tot doel bij te dragen aan het goed functioneren van de interne markt en een eind te maken aan de belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging, die voortvloeien uit verschillen tussen nationale regelingen en procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (hierna: insolventieprocedures). Over dit doel en die belemmeringen die voortvloeien uit de verschillende nationale regelingen van de lidstaten, is in de overwegingen bij de richtlijn het volgende opgemerkt.

In veel lidstaten zijn wel procedures beschikbaar om de financiële gezondheid van ondernemingen in financiële moeilijkheden te herstellen of om de onderdelen van die ondernemingen die nog overlevingskansen hebben te redden, maar er zijn ook verschillen tussen deze procedures. Dit betreft onder meer het stadium waarin de procedures toegepast kunnen worden, het formele of juist meer informele karakter van de procedures, de effectiviteit van de procedures en de betrokkenheid van rechterlijke of administratieve instanties of de door deze instanties aangewezen insolventiefunctionarissen. Ook is er veel variatie in de nationale regelingen die ondernemers een tweede kans geven, bijvoorbeeld betreffende het toepassingsbereik van de regelingen en de termijn waarna en de voorwaarden waaronder kwijtschelding kan worden verkregen.

De verschillen tussen de nationale insolventieprocedures werpen belemmeringen op. Investeerders moeten onderzoek doen naar de verschillende insolventieregimes om investeringsrisico's in te kunnen schatten en maken hierdoor extra kosten. Ook wordt een herstructurering van een onderneming of een groep ondernemingen met onderdelen en vestigingen, schuldeisers of activa in andere lidstaten, bemoeilijkt doordat verschillende regimes van toepassing zijn. Verder komt het voor dat ondernemers zich genoodzaakt voelen om naar een andere lidstaat te verhuizen om binnen een redelijke termijn een nieuwe start te kunnen maken. Als zij hiertoe overgaan, brengt ook dit extra kosten mee voor zowel de schuldeisers als de ondernemers zelf. Een andere belemmering is dat insolventieprocedures soms te lang duren en dat mede daardoor sprake is van lage terugvorderingspercentages.

Zowel de verschillen in de insolventieprocedures als de lange duur van deze procedures, kunnen investeerders ervan weerhouden in een onderneming uit een andere lidstaat te investeren of zakelijke betrekkingen aan te gaan buiten de lidstaat waar ze gevestigd zijn. Dat de investeringskosten, investeringsrisico's en terugvorderingspercentages in de lidstaten verschillen, heeft ook tot gevolg dat financiers per lidstaat een ander risico lopen wanneer zij krediet verstrekken. Dit leidt ertoe dat er niet overal in de EU een gelijke toegang is tot krediet.

De richtlijn beoogt deze belemmeringen weg te nemen door de nationale wetgeving van de lidstaten op het terrein van insolventieprocedures verder te harmoniseren en ervoor te zorgen dat «*levensvatbare ondernemingen en ondernemers in financiële moeilijkheden* [in iedere lidstaat] *toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten; eerlijke ondernemers die insolvent zijn of een overmatige schuldenlast hebben na een redelijke termijn een volledige kwijtschelding van schuld kunnen krijgen waardoor hen een tweede kans wordt gegeven; en dat de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld efficiënter worden, in het bijzonder om de duur ervan te verkorten.*

[...]». De genoemde maatregelen moeten leiden tot meer coherentie van insolventieprocedures in de lidstaten en daarmee tot grotere transparantie, rechtszekerheid en voorspelbaarheid in de Europese Unie (hierna: EU). Het is de bedoeling dat hierdoor de kosten van een herstructurering voor zowel schuldenaren als schuldeisers omlaag gaan, een zo hoog mogelijk rendement gerealiseerd kan worden voor alle soorten schuldeisers en investeerders en dat grensoverschrijdende investeringen worden aangemoedigd. Ook moet hiermee de herstructurering van groepen van bedrijven met onderdelen en vestigingen in verschillende lidstaten van de EU makkelijker worden (overwegingen 1, 4 – 9 en 15 van de considerans van de richtlijn).

De in de richtlijn voorziene maatregelen zijn van toepassing in zowel grensoverschrijdende als in nationale insolventiesituaties. De richtlijn laat de Insolventieverordening betreffende kwesties als rechterlijke bevoegdheid, erkenning en tenuitvoerlegging, toepasselijk recht en samenwerking in grensoverschrijdende insolventieprocedures, en de onderlinge koppeling van insolventieregisters, onverlet. De richtlijn beoogt de lidstaten veel flexibiliteit te bieden om de in de richtlijn opgenomen gemeenschappelijke beginselen toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsels (overwegingen 11 – 13 en 16 van de considerans van de richtlijn).[2]

De hoofdonderdelen van de richtlijn – het preventieve herstructureringsstelsel, de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers, de maatregelen ter verhoging van de efficiënte van insolventieprocedures en de monitoring van insolventieprocedures – worden in de volgende paragrafen kort toegelicht.

2.2 Het preventieve herstructureringsstelsel

Het in titel II van de richtlijn voorziene preventieve herstructureringsstelsel is bedoeld om schuldenaren die een onderneming drijven en in financiële moeilijkheden verkeren, in staat te stellen hun activiteiten geheel of gedeeltelijk voort te zetten.[3] In dit kader moeten zij ter voorkoming van insolventie in een vroeg stadium de mogelijkheid hebben om wijzigingen aan te brengen in de manier waarop de onderneming is gefinancierd (kapitaalstructuur) en de bedrijfsvoering is ingericht. Als dit nodig is, moeten schuldenaren bedrijfsmiddelen, bedrijfsonderdelen of – als het nationale recht daarin voorziet – de onderneming zelf kunnen verkopen. Het nationale recht kan er in voorzien dat zij ook schuldconversies kunnen doorvoeren en overeenkomsten gemakkelijker kunnen beëindigen of wijzigen. Uiteraard gaat het hierbij om ondernemingen die overlevingskansen hebben. Ondernemingen zonder overlevingskansen moeten zo snel mogelijk kunnen worden afgewikkeld en de baten uit de boedel moeten zo snel mogelijk kunnen worden vereffend om te voorkomen dat schulden verder oplopen (overwegingen 2, 3 en 10 van de considerans van de richtlijn).

Met de invoering van een preventief herstructureringsstelsel in iedere lidstaat wordt beoogd te voorkomen dat het aantal niet-renderende leningen stijgt. Ook moeten de herstructureringsstelsels ertoe leiden dat zoveel mogelijke waarde, werkgelegenheid, knowhow en vaardigheden behouden blijven voor de betrokken schuldeisers, eigenaren en werknemers en de economie in haar geheel. Mede daarom is van belang dat in de preventieve herstructureringsstelsels de rechten van alle

[2] Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking) (PbEU 2015, L 141).
[3] Het maakt daarbij niet uit in welke rechtsvorm de schuldenaar zijn onderneming drijft.

betrokken partijen, inclusief die van werknemers, op een evenwichtige manier worden beschermd. Ook moet de herstructurering gebaseerd zijn op een dialoog met de belanghebbenden over de doelstellingen van de herstructureringsoperatie, de maatregelen die in dat kader worden beoogd en eventuele alternatieve opties. Daarbij moet – zoals bepaald in het Unierecht en het nationale recht – eveneens sprake zijn van gepaste betrokkenheid van werknemersvertegenwoordigers.

De richtlijn voorziet niet in een volledig uitgewerkt herstructureringsstelsel, maar wel in een aantal «gemeenschappelijke beginselen» ten aanzien van:
– de aard en het toepassingsbereik van het preventieve herstructureringsstelsel;
– de introductie van ondersteunende voorzieningen – zoals de schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen;
– de inhoud van het herstructureringsplan dat in het kader van het preventieve herstructureringsstelsel aan de schuldeisers kan worden aangeboden;
– de manier waarop het herstructureringsplan aan de schuldeisers wordt voorgelegd en hoe zij zich daar vervolgens over kunnen uitspreken – o.a. de onderverdeling van de schuldeisers in verschillende categorieën (hierna: klassen) en de stemming over het herstructureringsplan per klasse;
– de voorwaarden waaronder de rechter een aangeboden herstructureringsplan kan bevestigen, en
– de gevolgen van die bevestiging (overwegingen 24 – 71 van de considerans van de richtlijn).

De richtlijn biedt de lidstaten een grote mate van flexibiliteit bij de omzetting van deze beginselen in hun nationale wetgeving. De lidstaten mogen er ook voor kiezen om in hun wetgeving meerdere herstructureringsstelsels naast elkaar te laten bestaan, zolang één van die stelsel maar voldoet aan de beginselen die zijn opgenomen in de richtlijn. Het met de beginselen uit de richtlijn overeenstemmende preventieve herstructureringsstelsel mag bestaan uit één of meer procedures, maatregelen of bepalingen en in dit stelsel mogen sommige onderdelen ook buitengerechtelijk verlopen. De lidstaten mogen bepalen dat de betrokkenheid van een rechterlijke of administratieve instantie beperkt is tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is (artikel 4 lid 5 en 6 en overweging 16 van de considerans van de richtlijn).

Aard en toepassingsbereik van het preventieve herstructureringsstelsel

Iedere lidstaat moet ervoor zorgen dat «*schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructureringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren* [...]» (artikel 4 lid 1 van de richtlijn). Het herstructureringsstelsel moet er – kort gezegd – in voorzien dat:
– ondernemers de mogelijkheid krijgen een herstructureringsplan aan hun schuldeisers en – als de lidstaat dit mogelijk maakt – kapitaalhouders[4] voor te leggen, waarbij de rechten van die schuldeisers en kapitaalhouders worden gewijzigd (bijvoorbeeld door een uitstel van betaling, een gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering of een omzetting van een vordering in aandelen);
– een rechterlijke of administratieve instantie het herstructureringsplan kan bevestigen als de besluitvorming over en de inhoud van het plan aan bepaalde eisen voldoet, en

[4] Onder een «kapitaalhouder» verstaat de richtlijn een persoon die een eigendomsbelang heeft in een schuldenaar of een bedrijf van een schuldenaar, waaronder een aandeelhouder, voor zover die persoon geen schuldeiser is (zie artikel 2 lid 1 onder 3 van de richtlijn).

– die bevestiging ertoe leidt dat het plan ook verbindend is voor schuldeisers en kapitaalhouders die daarmee niet hebben ingestemd.

Het preventieve herstructureringsstelsel mag bestaan uit één of meerdere procedures en moet in ieder geval beschikbaar zijn op aanvraag van de schuldenaar. Daarnaast kunnen de lidstaten bepalen dat het preventieve herstructureringsstelsel ook beschikbaar is op verzoek van schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, geldt dan wel als voorwaarde dat de schuldenaar ermee instemt dat gebruik wordt gemaakt van het herstructureringsstelsel (artikel 4 leden 5, 7 en 8 van de richtlijn).

Toegang tot het herstructureringsstelsel is beperkt tot situaties van «dreigende insolventie». Verder kunnen de lidstaten ervoor kiezen in de volgende situaties toegang tot het herstructureringsstelsel uit te sluiten of te beperken:
– als een onderneming – kort gezegd – veroordeeld is wegens een ernstig verzuim in accountants- of boekhoudverplichtingen;
– zolang een onderneming zich nog niet aan een levensvatbaarheidstoets heeft onderworpen, of
– als een onderneming al eerder gebruik heeft gemaakt van het preventieve herstructureringsstelsel (artikel 4 leden 2 – 4 van de richtlijn).

De richtlijn gaat ervan uit dat wanneer gebruik wordt gemaakt van het herstructureringsstelsel de schuldenaar geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd blijft («*debtor in possession*») en dat hij zelf de controle kan houden over het herstructureringsproces. Reden is dat hierdoor onnodige kosten kunnen worden vermeden en schuldenaren worden aangezet om in een vroeg stadium gebruik te maken van het herstructureringsstelsel (artikel 5 lid 1 van de richtlijn). Gelet op dit laatste omvat de richtlijn ook een expliciete verplichting voor bestuurders om in geval van dreigende insolventie in ieder geval:
– rekening te houden met de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
– oog te hebben voor de stappen die ondernomen kunnen worden ter voorkoming van insolventie, en
– te vermijden dat opzettelijk handelen of nalaten ertoe leidt dat de levensvatbaarheid van de onderneming wordt bedreigd (artikel 19 van de richtlijn).

Hoewel de schuldenaar dus geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd moet blijven, voorziet de richtlijn wel in de mogelijkheid dat er nadat de schuldenaar is toegelaten tot het herstructureringsstelsel, een herstructureringsdeskundige wordt aangesteld. Een herstructureringsdeskundige is een persoon of een instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie wordt aangesteld om:
a) de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan;
b) toezicht te houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan en verslag uit te brengen aan een rechterlijke of administratieve instantie, of
c) tijdens de onderhandelingen de gedeeltelijke controle uit te oefenen over de activa of zaken van de schuldenaar.

Dit betreft dus een ruime definitie, waar verschillende typen functionarissen onder kunnen vallen. Zowel een meer «passieve» figuur die enkel toezicht houdt op de activiteiten van de schuldenaar is «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn (onderdeel b), als een meer «actieve» figuur die partijen assisteert bij de totstandbrenging van een akkoord of die de gedeeltelijke controle verwerft over de activa van de

schuldenaar tijdens de onderhandelingen (onderdelen a en c). De lidstaten hebben daarmee ruimte om zelf invulling te geven aan deze figuur. Het is mogelijk dat de herstructureringsdeskundige meerdere van de in de definitie genoemde taken uitoefent. Lidstaten kunnen deze taken ook opdelen en toedelen aan verschillende functionarissen.
De rechter dient in principe per geval te beoordelen of de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is. Alleen in de volgende gevallen moet er altijd een herstructureringsdeskundige worden aangesteld:
– als de rechter ter ondersteuning van de totstandkoming van een herstructureringsplan een algehele schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen afkondigt en besluit dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige nodig is om de belangen van de betrokken partijen te waarborgen;
– als de rechter wordt gevraagd om een herstructureringsplan te bevestigen waarmee niet alle klassen van schuldeisers hebben ingestemd, en
– als de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers daarom vraagt (artikelen 2 lid 1, onderdeel 12, en 5 leden 1 – 3 van de richtlijn en overweging 30 van de considerans van de richtlijn).

Het preventieve herstructureringsstelsel mag geen afbreuk doen aan de individuele en collectieve rechten die aan werknemers zijn toegekend in het Unierecht of het nationale arbeidsrecht. Het gaat dan onder meer om:
– het recht op collectieve onderhandelingen en collectieve actie;
– het recht van werknemersvertegenwoordigers op informatie, raadpleging en goedkeuring;
– de rechten van werknemers bij overgang van onderneming;
– de rechten van werknemers bij insolventie van de werkgever, en
– de rechten van werknemers bij collectief ontslag.
Bevat een herstructureringsplan maatregelen die leiden tot veranderingen in de manier waarop de werkzaamheden binnen de onderneming georganiseerd zijn of in de arbeidsovereenkomsten met werknemers, dan dienen die maatregelen te worden goedgekeurd door de werknemers indien het nationaal recht of collectieve overeenkomsten in die gevallen in die goedkeuring voorzien (artikel 13 van de richtlijn).

Ondersteunende voorzieningen

Schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen

De lidstaten moeten volgens artikel 6 lid 1 van de richtlijn ervoor zorgen dat «*schuldenaren gebruik kunnen maken van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen om de onderhandelingen over een herstructureringsplan in het kader van een preventief herstructureringsstelsel te ondersteunen*». Hoofdregel is dat deze schorsing in beginsel alle soorten vorderingen jegens de schuldenaar treft, behalve de vorderingen van de werknemers van de schuldenaar. Daarnaast kunnen de lidstaten onder voorwaarden ook andere vorderingen van de schorsing uitzonderen. Verder kunnen de lidstaten bepalen dat naast een algemene schorsing, ook een beperkte schorsing mogelijk is. Een algemene schorsing ziet dan op alle vorderingen die door een schorsing getroffen kunnen worden. Bij een beperkte schorsing worden alleen de vorderingen van één of meer individuele schuldeisers of categorieën schuldeisers getroffen. Ten slotte kunnen de lidstaten regelen dat de rechter een schorsingsverzoek kan weigeren als een schorsing niet nodig is of er geen aanleiding is om aan te nemen dat de onderhandelingen over een herstructureringsplan hierdoor ondersteund zouden worden (artikel 6 leden 1 – 5 van de richtlijn).

De rechter moet de schorsing in ieder geval kunnen opheffen als deze niet langer nodig is of als daarom wordt verzocht door de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. Daarnaast kunnen de lidstaten opheffing van de schorsing mogelijk maken als één of meer schuldeisers hierdoor op oneerlijke wijze (dreigen te) worden benadeeld of de schorsing leidt tot de insolventie van een schuldeiser (artikel 6 lid 9 van de richtlijn).

De initiële duur van de schorsing is maximaal vier maanden. Lidstaten kunnen de rechter de bevoegdheid geven om de schorsing te verlengen als uit welomschreven omstandigheden blijkt dat dit gerechtvaardigd is, maar de totale duur van de schorsing mag nooit langer zijn dan twaalf maanden (artikel 6 leden 6 – 8 van de richtlijn). Als de schorsing is verstreken zonder dat een herstructureringsplan is goedgekeurd, mag dit niet automatisch leiden tot het faillissement van de schuldenaar (artikel 7 lid 7 van de richtlijn).

Een schorsing moet er niet alleen toe leiden dat schuldeisers geen tenuitvoerleggingsmaatregelen meer kunnen nemen, maar moet er ook voor zorgen dat:
– de opening van een insolventieprocedure die kan eindigen in de vereffening van het vermogen van de schuldenaar, wordt opgeschort;
– als de schuldenaar schulden die vóór de schorsing zijn ontstaan onbetaald heeft gelaten, dit geen grond is voor beëindiging, opschorting of wijziging van een nog uit te voeren essentiële overeenkomst ten nadele van de schuldenaar;
– beëindiging, opschorting of wijziging van een nog uit te voeren overeenkomst met een beroep op een zogenaamde «ipso facto-clausule» niet mogelijk is louter vanwege de (aanvraag tot) opening van de herstructureringsprocedure of schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen (artikel 7 van de richtlijn).

Bescherming van nieuwe en tussentijdse financiering en noodzakelijke transacties

Om een herstructureringsplan tot stand te brengen en te kunnen uitvoeren zijn financiële middelen nodig en moeten mede in dat kader bepaalde transacties kunnen worden verricht. De richtlijn voorziet om deze reden in bescherming van de verlening van nieuwe en tussentijdse financiering. Hetzelfde geldt voor het verrichten van andere transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor het onderhandelen over of de uitvoering van een herstructureringsplan. Kort gezegd dient die bescherming in te houden dat de (rechts)handelingen die noodzakelijkerwijs worden verricht in het kader van het tot stand brengen en het uitvoeren van een herstructureringsplan in geval van latere insolventie niet ongeldig kunnen worden verklaard enkel omdat zij zijn verricht op een moment waarop sprake was van dreigende insolventie. Voor zover aan de orde, mogen de verstrekkers van financiering voorts op geen enkele manier aansprakelijk worden gesteld vanwege het enkele feit dat nadien blijkt dat de financiering voor de gezamenlijke schuldeisers nadelig heeft uitgepakt. De lidstaten kunnen voorwaarden stellen waaronder de genoemde bescherming van toepassing is (artikelen 17 en 18 van de richtlijn).

Inhoud herstructureringsplan

De lidstaten moeten ervoor zorgen dat een herstructureringsplan dat ter stemming aan de schuldeisers en kapitaalhouders wordt voorgelegd, tenminste bepaalde informatie bevat. De voorgeschreven informatie ziet – kort gezegd – op:
– de schuldenaar en de financiële situatie waarin hij verkeert;

– de schuldeisers, werknemers en kapitaalhouders die bij het herstructureringsplan worden betrokken en de klassen waarin zij in het herstructureringsplan zijn onderverdeeld, en
– informatie die deze schuldeisers, werknemers en kapitaalhouders in staat moet stellen te overzien wat voor hen de gevolgen zijn van het herstructureringsplan en of de totstandkoming van het herstructureringsplan noodzakelijk en toereikend is om een dreigend faillissement af te wenden.

Het is de lidstaten toegestaan om de informatievoorschriften aan te vullen (artikel 8 van de richtlijn).

Het voorleggen van het herstructureringsplan en de stemming

De schuldenaar moet een herstructureringsplan ter instemming aan de betrokken partijen kunnen voorleggen. Daarbij wordt onder betrokken partijen verstaan: «*schuldeisers, met inbegrip van, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, werknemers, of categorieën schuldeisers en, indien toepasselijk krachtens nationaal recht, kapitaalhouders, wier vorderingen of belangen naargelang het geval door een herstructureringsplan rechtstreeks worden getroffen*» (artikel 2 lid 1, onderdeel 2, van de richtlijn). De betrokken partijen moeten het recht hebben om over het herstructureringsplan te stemmen, met dien verstande dat de lidstaten ervoor kunnen kiezen om de volgende partijen het stemrecht te onthouden:

– kapitaalhouders;
– schuldeisers met een lagere rang dan concurrente schuldeisers; en
– partijen met banden met de schuldenaar of met de onderneming van de schuldenaar die krachtens nationaal recht in een belangenconflict verkeren (artikel 9 leden 1 – 3 van de richtlijn).

Zoals eerder gezegd, moeten de partijen die worden betrokken bij het herstructureringsplan in verschillende klassen worden ingedeeld. In iedere klasse dient een afzonderlijke stemming over het herstructureringsplan plaats te vinden. Een herstructureringsplan is goedgekeurd door een schuldeisersklasse, als het plan wordt gesteund door een groep schuldeisers die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totaalbedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers binnen die klasse. Voor een aandeelhoudersklasse geldt dezelfde regel, met dien verstande dat dan bepalend is of het herstructureringsplan wordt gesteund door een groep aandeelhouders die samen ten minste de meerderheid vertegenwoordigt van het totale bedrag aan geplaatst kapitaal behorend tot de aandeelhouders binnen die klasse. Het is aan de lidstaten om vast te stellen welke meerderheden vereist zijn, met dien verstande dat die meerderheden niet meer mogen bedragen dan 75% van het totale bedrag aan vorderingen of geplaatst kapitaal behorend tot de schuldeisers of aandeelhouders binnen de klasse. Lidstaten moeten regels kunnen vaststellen voor het geval dat betrokken partijen hun stemrecht niet of niet op correcte wijze (hebben) kunnen uitoefenen (artikel 9 lid 4 – 6 van de richtlijn en overweging 47 van de considerans van de richtlijn).

De voorwaarden waaronder de rechter een aangeboden herstructureringsplan kan bevestigen

De richtlijn schrijft voor aan welke minimumeisen voldaan moet zijn om een herstructureringsplan te kunnen laten bevestigen. Bevestiging kan zowel plaats vinden door een rechterlijke als een administratieve instantie; de richtlijn laat lidstaten hierin de keuze. Als bevestiging plaats vindt door een administratieve instantie, moeten belanghebbenden echter tegen deze beslissing beroep in kunnen stellen bij de rechter (zie artikel 16 lid 1 van de richtlijn en overweging 65 van de considerans van de richtlijn).

Hierna wordt steeds, kortheidshalve, gesproken over bevestiging door de rechter. Na de bevestiging is het plan verbindend voor alle betrokken partijen. De bevestiging van het herstructureringsplan is onder meer nodig om te waarborgen dat de wijziging van de rechten van de schuldeisers en kapitaalhouders in verhouding staat tot de voordelen van de herstructurering. Verder geldt dat een bevestiging van de rechter in ieder geval vereist is als niet alle betrokken partijen met het herstructureringsplan hebben ingestemd of als het herstructureringsplan nieuwe financiering omvat (artikel 10 lid 1 van de richtlijn, overweging 48 van de considerans van de richtlijn).

Ten aanzien van de rol van de rechter is bepaald dat de lidstaten zijn betrokkenheid in het preventieve herstructureringsstelsel kunnen beperken «*tot situaties waarin die betrokkenheid noodzakelijk en evenredig is*» (artikel 4 lid 6 van de richtlijn). Lidstaten kunnen bepalen dat de rechter al in een eerder stadium, voorafgaand aan de stemming, controleert of de stemgerechtigde schuldeisers op de juiste manier in klassen zijn onderverdeeld en of zij in staat zijn geweest te stemmen. In ieder geval controleert hij dit bij de behandeling van een verzoek tot bevestiging. Voorts is over de rechterlijke toets die plaatsvindt in het kader van een verzoek tot bevestiging van een herstructureringsplan, kort gezegd, voorgeschreven dat:

- het bevestigingsverzoek op efficiënte wijze behandeld moet worden, zodat de rechter daarover voortvarend een beslissing kan nemen;
- het bevestigingsverzoek kan worden afgewezen als het herstructureringsplan geen redelijk vooruitzicht biedt op het afwenden van de insolventie van de schuldenaar of op het waarborgen van de levensvatbaarheid van het bedrijf, en
- de voorwaarden waaronder een herstructureringsplan door de rechter kan worden bevestigd duidelijk gespecificeerd zijn, waarbij ten minste vereist moet zijn dat:
  a) er over het herstructureringsplan is gestemd;
  b) het herstructureringsplan voorziet in een klassenindeling op grond waarvan betrokkenen met vergelijkbare belangen gelijk worden behandeld;
  c) alle betrokkenen naar behoren zijn geïnformeerd over het herstructureringsplan;
  d) betrokkenen die niet hebben ingestemd met het herstructureringsplan, door dit plan niet slechter af zijn dan op grond van de normale rangorde bij vereffening van het vermogen van de schuldenaar (de «*best interest of creditors' test*»), en
- eventuele nieuwe financiering noodzakelijk is om het herstructureringsplan uit te kunnen voeren en de betrokken schuldeisers hierdoor niet op onbillijke wijze in hun belangen worden benadeeld (artikelen 2 lid 1, onderdeel 6, en 10 leden 2 – 4 van de richtlijn).

Verder geldt dat ook een herstructureringsplan waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, door de rechtbank bevestigd moet kunnen worden. Om het herstructureringsplan in dat geval in aanmerking te kunnen laten komen voor bevestiging door de rechter, gelden – naast de hiervoor genoemde algemene eisen – nog de volgende meer specifieke minimum eisen:

- tijdens de stemming heeft:
  a) een meerderheid van de klassen ingestemd met het herstructureringsplan, waaronder tenminste een klasse van schuldeisers met een zekerheidsrecht of een klasse met een hogere rang dan de concurrente schuldeisers, of
  b) ten minste één klasse bestaande schuldeisers ingestemd met het herstructureringsplan en deze bestond uit schuldeisers die bij een waardebepaling aan de hand van ofwel de *going concern* waarde, ofwel de liquidatiewaarde een uitkering in geld zouden krijgen;

– de schuldeisers in de klassen die niet hebben ingestemd met het herstructureringsplan:
  a) worden ten minste even gunstig behandeld als elke andere klasse bestaande uit schuldeisers met dezelfde rang en gunstiger dan een klasse van schuldeisers met een lagere rang, of
  b) krijgen met dezelfde of gelijkwaardige middelen volledige genoegdoening, indien een categorie in een lagere rang enige betaling ontvangt of enig belang aanhoudt (de «*absolute priority rule*»), en
– geen enkele klasse van schuldeisers krijgt op basis van het herstructureringsplan meer dan het volledige bedrag van zijn vordering op de schuldenaar (artikel 11 leden 1 en 2 van de richtlijn).

De lidstaten kunnen van deze voorwaarden afwijken als *«dat nodig is om de doelstellingen van het herstructureringsplan te halen en indien het herstructureringsplan de rechten of belangen van betrokken partijen niet op onbillijke wijze in het gedrang brengt»* (artikel 11 lid 2, tweede alinea, van de richtlijn). Het is lidstaten toegestaan andere voorwaarden voor bevestiging toe te voegen (overweging 50 van de considerans van de richtlijn).

Een niet-instemmende betrokken partij moet een rechtsmiddel kunnen instellen bij de rechter die over de bevestiging oordeelt. Over de waardebepaling van de onderneming van de schuldenaar heeft de rechter alleen te beslissen als:
– een betrokken partij die niet met het herstructureringsplan heeft ingestemd, aanvoert dat niet voldaan wordt aan de *«best interest of creditors' test»,* of
– een betrokken partij die niet met het herstructureringsplan heeft ingestemd, betwist dat voldaan is aan de voorwaarde dat tenminste één klasse bestaande uit schuldeisers die bij een waardebepaling aan de hand van ofwel de *going concern* waarde, ofwel de liquidatiewaarde een uitkering in geld zouden krijgen, met het herstructureringsplan heeft ingestemd.

Lidstaten moeten ervoor zorgen dat rechters in het kader van de waardebepaling voldoende gekwalificeerde deskundigen mogen aanstellen of horen (artikel 14 lid 1 – 3 van de richtlijn).

De gevolgen van de bevestiging van het herstructureringsplan

Een herstructureringsplan dat door de rechter is bevestigd, is bindend voor alle schuldeisers die daarbij betrokken zijn (inclusief de schuldeisers die niet met het plan hebben ingestemd). Dit betreft concreet alle schuldeisers die in het plan zijn genoemd of omschreven. Schuldeisers die niet over het herstructureringsplan hebben kunnen stemmen, mogen niet door het plan in hun rechten worden geraakt (artikel 15 van de richtlijn). Het is aan de lidstaten overgelaten om dit nader in te vullen. Lidstaten kunnen bijvoorbeeld zelf bepalen hoe zij omgaan met schuldeisers en kapitaalhouders die correct van de procedure in kennis zijn gesteld, maar hieraan niet hebben deelgenomen (artikel 15 van de richtlijn en overweging 64 van de considerans van de richtlijn).

Ten slotte moeten de lidstaten ervoor zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan om de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren (artikel 12 lid 2 van de richtlijn).

2.3 Kwijtscheldingsregeling voor ondernemers

Titel III van de richtlijn omvat de verplichting voor de lidstaten om ervoor te zorgen dat insolvente ondernemers een tweede kans kunnen krijgen in de vorm van een kwijtschelding van hun schuld en de opheffing van eventueel bij een insolventverklaring opgelegde beroepsverboden. Ook voor de kwijtscheldingsregeling geldt dat de richtlijn geen volledig uitgewerkt stelsel bevat, maar een aantal minimumeisen stelt ten aanzien van:
– de aard en het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling;
– de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld moet kunnen krijgen, en
– de gevallen waarin kan worden afgeweken van de hoofdregel dat een ondernemer een tweede kans moet kunnen krijgen (overwegingen 75 – 84 van de considerans van de richtlijn).

De lidstaten hebben veel flexibiliteit om deze eisen toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsel (zie overweging 16 van de considerans bij de richtlijn).

Aard en toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling

In iedere lidstaat moet sprake zijn van tenminste één procedure waarbinnen ondernemers de mogelijkheid geboden wordt om kwijtschelding te krijgen van hun schuld. Lidstaten kunnen ervoor kiezen deze regeling uit te breiden tot natuurlijke personen die geen ondernemers zijn (artikel 1 lid 4 van de richtlijn).

Bij de kwijtscheldingsregeling kan sprake zijn van:
– een terugbetalingsplan;
– het te gelde maken van de activa behorend tot het vermogen van de ondernemer (hierna: boedel), of
– een combinatie van beide.

Ook mag van de ondernemer verlangd worden dat hij de handels-, bedrijfs-, ambachts- of beroepsactiviteit (hierna: ondernemersactiviteiten) waarop zijn schuld (deels) betrekking heeft, staakt zolang de regeling duurt (artikel 20 lid 1 van de richtlijn en overweging 75 van de considerans van de richtlijn). Wordt aan de kwijtschelding de voorwaarde verbonden dat de ondernemer zijn schuld gedeeltelijk terugbetaalt, dan moet die terugbetalingsverplichting wel gebaseerd zijn op de individuele situatie van de ondernemer. Zo moet de terugbetalingsverplichting in verhouding staan tot de omvang van de boedel op het moment dat de ondernemer wordt toegelaten tot de kwijtscheldingsregeling en het inkomen dat en de activa die de ondernemer nog verkrijgt terwijl die regeling loopt. Tegelijkertijd moeten ook de (billijke) belangen van de schuldeisers in aanmerking worden genomen (artikel 20 lid 2 van de richtlijn).

Ondernemers die kwijtschelding van hun schuld hebben verkregen, moeten kunnen profiteren van nationale regelingen die voorzien in bedrijfssteun voor ondernemers en zij moeten ook toegang hebben tot toepasselijke en actuele informatie hierover (artikel 20 lid 3 van de richtlijn).

Als de ondernemer zowel persoonlijke als bedrijfsmatige schulden heeft die niet redelijkerwijs van elkaar te scheiden zijn, moeten die schulden in één procedure kunnen worden behandeld (artikel 24 van de richtlijn en overweging 84 van de considerans van de richtlijn). De lidstaten kunnen enkele specifieke categorieën van vorderingen geheel of gedeeltelijk buiten het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling houden. Is een vordering geheel uitgesloten, dan betekent dit dat de ondernemer deze vorderingen hoe dan ook verschuldigd blijft. Een andere optie is dat

er beperkingen worden gesteld aan de toegang tot de kwijtscheldingsregeling met betrekking tot deze vorderingen of dat de kwijtscheldingstermijn wordt verlengd. Daarbij geldt wel steeds als voorwaarde dat er een rechtvaardiging moet zijn voor deze afwijkingen en dat deze gemotiveerd moeten zijn, bijvoorbeeld in de toelichting van de wet (overwegingen 80 en 81 van de considerans van de richtlijn). De categorieën vorderingen die in de richtlijn bij wijze van voorbeeld worden genoemd zijn:

– door zekerheid gedekte schulden;
– schulden die ontstaan uit of verband houden met een strafrechtelijke veroordeling;
– schulden die zijn ontstaan uit aansprakelijkheid vanwege een onrechtmatige daad;
– schulden in verband met onderhoudsverplichtingen die voortvloeien uit familiebetrekkingen, bloedverwantschap, huwelijk of aanverwantschap;
– schulden die zijn ontstaan na de aanvraag tot kwijtschelding van schuld of na de opening van de procedure die tot kwijtschelding van schuld leidt, en
– schulden die ontstaan uit de verplichting tot betaling van de kosten van de kwijtscheldingsprocedure (artikel 23 lid 4 en overweging 81 van de considerans van de richtlijn).

Kwijtscheldingstermijn

De ondernemer moet in principe binnen een termijn van ten hoogste drie jaar kwijtschelding van zijn schuld kunnen krijgen. Onder kwijtschelding van schuld in de zin van de richtlijn valt zowel het wegnemen van de afdwingbaarheid van de schulden (zodat sprake is van natuurlijke verbintenissen), als het teniet doen van deze schulden (artikel 2 lid 1, onderdeel 10 van de richtlijn). Afhankelijk van de aard van de kwijtscheldingsregeling – en in dit verband de vraag of de regeling een afbetalingsplan omvat of niet – moet de termijn beginnen te lopen op het moment waarop:

– het afbetalingsplan wordt bevestigd door de rechter;
– de uitvoering van het afbetalingsplan aanvangt;
– de rechter besluit om de ondernemer toe te laten tot de kwijtscheldingsregeling, of
– de rechter vaststelt dat de ondernemer insolvent is (artikel 21 lid 1 van de richtlijn en overwegingen 75 en 76 van de considerans).

De lidstaten kunnen bepalen dat de insolventieprocedure wordt voortgezet nadat de schuldenaar volledige kwijtschelding van zijn schuld heeft gekregen, als dit nodig is om het proces van tegeldemaking van de activa van de ondernemer en de verdeling van de opbrengst af te ronden (artikel 21 lid 3 van de richtlijn).

Aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

Aan de kwijtschelding kunnen ook voorwaarden worden verbonden. Zo mogen de lidstaten bepalen dat alvorens volledige kwijtschelding van de schuld wordt verleend, een rechterlijke of administratieve instantie ambtshalve of op verzoek van een belanghebbende toetst of aan alle daarvoor geldende voorwaarden is voldaan. Het niet hebben voldaan aan wettelijke verplichtingen, waaronder de verplichtingen die voortvloeien uit de kwijtscheldingsregeling, kan een grond zijn om de kwijtschelding niet toe te kennen. De lidstaten mogen de ondernemer verplichten om te bewijzen dat hij zijn verplichtingen is nagekomen, maar het mag de ondernemer niet onnodig moeilijk of lastig worden gemaakt om te bewijzen dat hij voor en tijdens de kwijtscheldingsregeling te goeder

trouw heeft gehandeld (artikel 21 van de richtlijn en overwegingen 77 tot en met 79 en 82 van de considerans van de richtlijn).

Verplichte en toegestane afwijkingen van de kwijtschelding na drie jaar

De richtlijn verplicht de lidstaten om in bepaalde gevallen af te wijken van de hoofdregel dat een ondernemer na drie jaar volledige kwijtschelding van zijn schulden en opheffing van een eventueel opgelegd beroepsverbod moet kunnen krijgen. Als een ondernemer bij het aangaan van zijn schulden, tijdens de looptijd van de kwijtscheldingsregeling of bij het terugbetalen van zijn schulden oneerlijk of te kwader trouw heeft gehandeld tegenover de schuldeisers of andere belanghebbenden, moeten de lidstaten hier consequenties aan verbinden. Dit kan zijn dat:
– de ondernemer geen of slechts beperkt toegang krijgt tot de kwijtscheldingsregeling;
– de kwijtscheldingsregeling (eventueel tussentijds) wordt beëindigd zonder dat de schuldenaar kwijtschelding verleend wordt;
– een reeds verleende kwijtschelding van schuld wordt ingetrokken, of
– de termijn waarna de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld en opheffing van een eventueel opgelegd beroepsverbod kan verkrijgen, wordt verlengd (artikel 23 lid 1 van de richtlijn en overwegingen 79 en 80 van de considerans van de richtlijn).

De rechter mag bij de vaststelling of de ondernemer te kwader trouw heeft gehandeld, rekening houden met verschillende omstandigheden, zoals de aard en de omvang van de schulden, het moment waarop de schulden zijn aangegaan en de inspanningen van de ondernemer om de schulden af te betalen.

De lidstaten kunnen bovengenoemde consequenties ook verbinden aan bepaalde andere, welomschreven omstandigheden, mits afwijking van de hoofdregel gerechtvaardigd is. De richtlijn noemt de volgende voorbeelden:
– de ondernemer heeft de verplichtingen die voortvloeien uit een terugbetalingsplan of uit een wettelijke regeling ter bescherming van de belangen van schuldeisers (zoals de verplichting om het rendement voor de schuldeisers te maximaliseren) wezenlijk geschonden;
– de ondernemer houdt zich niet aan informatie- of medewerkingsverplichtingen uit hoofde van Unierecht en nationaal recht;
– de ondernemer heeft te kwader trouw een toelatingsverzoek ingediend;
– de ondernemer heeft een nieuw toelatingsverzoek ingediend terwijl hem – in een bepaalde termijn voorafgaand aan dat verzoek – al eerder volledige kwijtschelding van zijn schuld is verleend of hem dit is geweigerd vanwege een ernstige schending van de informatie- of medewerkingsverplichtingen;
– de kosten van de kwijtscheldingsprocedure zijn niet gedekt, of
– een afwijking is noodzakelijk om de rechten van de ondernemer en de rechten van één of meer schuldeisers in evenwicht te houden. Een voorbeeld hiervan is dat de financiële situatie van de ondernemer door een onvoorziene omstandigheid – zoals een loterijwinst, erfenis of schenking – aanmerkelijk verbetert (artikel 23 lid 2 van de richtlijn en overwegingen 79 en 80 van de considerans van de richtlijn).

Verder kunnen de lidstaten er in een aantal situaties voor kiezen om een langere periode te hanteren dan de driejaarstermijn waarbinnen de ondernemer in beginsel kwijtschelding behoort te krijgen van zijn schuld. Dit kan wanneer de rechter de voorwaarden van de kwijtscheldingsregeling in het voordeel van de ondernemer heeft versoepeld, zodat de ondernemer:

– in zijn woning kan blijven wonen of de goederen kan blijven gebruiken die hij nodig heeft om zijn ondernemersactiviteiten te kunnen voortzetten, of
– zijn woning kan behouden, omdat deze niet te gelde wordt gemaakt (artikel 23 lid 3 van de richtlijn).

Voor opgelegde beroepsverboden geldt dat de lidstaten, in afwijking van artikel 22 van de richtlijn, mogen bepalen dat deze voor onbepaalde tijd of langer dan drie jaar gelden, als de ondernemer lid is van een beroepsgroep:
– waarvoor specifieke ethische regels of speciale regels inzake reputatie of deskundigheid gelden, en de ondernemer die regels heeft geschonden, of
– die zich bezighoudt met het beheer van de eigendom van anderen (artikel 23 lid 5 van de richtlijn en overweging 83 van de considerans van de richtlijn).

2.4 Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures

Titel IV van de richtlijn bevat een aantal bepalingen met als doel om de transparantie en voorspelbaarheid van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld (hierna tezamen: insolventieprocedures) te bevorderen, de duur van deze procedures in sommige lidstaten te verkorten en de professionaliteit van de betrokken functionarissen in de lidstaten op een vergelijkbaar hoog niveau te brengen. Reden is dat een lange duur van insolventieprocedures tot onzekerheid bij schuldeisers en investeerders leidt en lage terugvorderingspercentages tot gevolg heeft (overweging 85 van de considerans van de richtlijn).

Lidstaten dienen ervoor te zorgen dat insolventieprocedures efficiënt en voortvarend verlopen en worden afgewikkeld. Om de efficiëntie van deze procedures te vergroten, stelt de richtlijn eisen aan de deskundigheid van rechters. Rechters in insolventieprocedures dienen een adequate opleiding te krijgen en over de vereiste deskundigheid te beschikken. Dit moet de rechters in staat stellen beslissingen met mogelijk grote economische en sociale gevolgen op efficiënte wijze te nemen (zie artikel 25, onderdeel a van de richtlijn en overweging 86 van de considerans van de richtlijn). De lidstaten kunnen er voor kiezen om gespecialiseerde gerechten of kamers op te richten (artikel 25, onderdeel b, van de richtlijn en overweging 86 van de considerans van de richtlijn).

Ook de in insolventieprocedures door de rechter aangestelde functionarissen – zoals curatoren, bewindvoerders, herstructureringsdeskundigen en observators – dienen adequaat te zijn opgeleid en deskundig te zijn. Bij de aanstelling van een functionaris moet erop gelet worden of deze, gezien zijn ervaring en deskundigheid, voor de specifieke zaak geschikt is. Zo zal in zaken met grensoverschrijdende elementen een functionaris moeten worden aangesteld die in staat is te communiceren en samen te werken met functionarissen uit andere lidstaten. De voorwaarden voor aanstelling en ontslag van functionarissen dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. Om belangenconflicten te voorkomen, moeten schuldenaren en schuldeisers bezwaar kunnen maken tegen de aanstelling van een functionaris of om diens vervanging kunnen verzoeken (artikel 26 van de richtlijn en overwegingen 87 – 88 van de considerans van de richtlijn). Voorts dienen de lidstaten te voorzien in voldoende toezicht op deze functionarissen. Doel is te verzekeren dat deze functionarissen hun werk op doeltreffende en bekwame verrichten en daarbij onafhankelijk en onpartijdig opereren. De lidstaten kunnen hiertoe

de aansluiting van functionarissen bij gedragscodes stimuleren. Als functionarissen hun werk niet behoorlijk verrichten, moeten er maatregelen genomen kunnen worden om hen ter verantwoording te roepen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan vermindering van hun honorarium, uitsluiting van de lijst van functionarissen die voor benoeming in aanmerking komen of tuchtrechtelijke en/of strafrechtelijke sancties. Informatie over de autoriteiten of organen die toezicht houden op de functionarissen, dient publiek toegankelijk te zijn. De richtlijn stelt ook eisen ten aanzien van de regels die gelden voor de vergoeding die functionarissen voor hun werkzaamheden krijgen. Bij het vaststellen van deze regels dient oog te zijn voor het belang van een efficiënte afwikkeling van procedures. Lidstaten moeten ook voorzien in procedures ter beslechting van eventuele geschillen over vergoeding (artikel 27 van de richtlijn en overweging 89 van de considerans).

Verder kan door gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen de efficiëntie van insolventieprocedures worden vergroot. Bovendien kan dit de drempel voor schuldeisers verlagen om deel te nemen aan deze procedures. De richtlijn verplicht lidstaten daarom ervoor te zorgen dat bepaalde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Het gaat dan om het indienen van vorderingen door schuldeisers, het aanbieden van een akkoord, het publiceren of versturen van kennisgevingen aan schuldeisers en het aantekenen van bezwaar of beroep tegen rechterlijke beslissingen. De lidstaten kunnen zelf kiezen welk elektronisch communicatiemiddel zij inzetten. Gedacht kan worden aan e-mail, maar ook aan een speciaal ontworpen systeem voor de indiening van documenten (artikel 28 van de richtlijn en overwegingen 90 en 91 van de considerans).

2.5 Monitoring van insolventieprocedures

Om na te gaan of de lidstaten in de praktijk voldoen aan hun verplichtingen uit hoofde van de richtlijn, zijn gegevens nodig. Om bijvoorbeeld de efficiëntie van de insolventieprocedures in een bepaalde lidstaat te beoordelen, ook in verhouding tot die in andere lidstaten, is betrouwbare en vergelijkbare informatie vereist. Titel V van de richtlijn bevat daarom een verplichting voor de lidstaten om bepaalde gegevens te verzamelen en te aggregeren. Deze gegevens moeten vervolgens via een mededelingsformulier worden toegezonden aan de Commissie, die deze gegevens op haar website publiceert. Het gaat onder meer om gegevens over het aantal insolventieprocedures, de gemiddelde duur ervan en de wijze waarop procedures zijn geëindigd. De lidstaten kunnen voor het verzamelen van de gegevens gebruik maken van een steekproeftechniek. De lidstaten dienen de verkregen gegevens in te delen naar de grootte van de schuldenaar, de vraag of de schuldenaar een natuurlijke persoon of rechtspersoon is en – waar het de procedure tot kwijtschelding van schuld betreft – of de schuldenaar een ondernemer is (artikel 29 van de richtlijn, overwegingen 92 en 93 van de considerans van de richtlijn).

2.6 Overige onderdelen van de richtlijn

Titel I van de richtlijn bevat algemene bepalingen. Hierin zijn het onderwerp en het toepassingsgebied van de richtlijn geregeld en is ook een aantal definities opgenomen. Daarnaast bevat deze titel een bepaling over de vroegtijdige waarschuwing van schuldenaren met financiële moeilijkheden (artikel 3 van de richtlijn). Het is van belang dat schuldenaren die in financiële moeilijkheden verkeren, zo snel mogelijk actie ondernemen. Hoe eerder zij dit doen, hoe groter de kans is dat een faillissement kan worden voorkomen. Als de onderneming geen overlevingskansen heeft, kan door het tijdig nemen van maatregelen de

vereffening van het vermogen van de schuldenaar ordelijker en efficiënter verlopen. De richtlijn verplicht lidstaten daarom om ervoor te zorgen dat schuldenaren toegang hebben tot instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing waarmee omstandigheden kunnen worden opgespoord die kunnen leiden tot insolventie. Daarbij kan onder meer gedacht worden aan waarschuwingsmechanismen als de schuldenaar bepaalde betalingen niet heeft verricht of adviesdiensten van publieke of private organisaties. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat actuele informatie over deze instrumenten beschikbaar is voor schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers. Met name voor MKB-bedrijven dient deze informatie eenvoudig raadpleegbaar te zijn. Daarnaast dient informatie beschikbaar te zijn voor schuldenaren en werknemersvertegenwoordigers over het in de lidstaat beschikbare preventieve herstructureringsstelsel en de kwijtscheldingsregeling voor ondernemers. De richtlijn bepaalt voorts dat lidstaten de werknemersvertegenwoordigers ondersteuning kunnen bieden bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar (artikel 3 van de richtlijn, overwegingen 22 en 23 van de considerans van de richtlijn).

Titel VI bevat slotbepalingen. Hierin is onder meer de verhouding tot andere instrumenten geregeld.

3. Wijze van implementatie

3.1 Het preventieve herstructureringsstelsel

Zoals eerder is opgemerkt in de paragrafen 1 en 2.2 van deze toelichting, bepaalt de richtlijn dat de lidstaten erin moeten voorzien dat een onderneming in financiële moeilijkheden toegang heeft tot een preventief herstructureringsstelsel. De richtlijn voorziet niet in een volledig uitgewerkt herstructureringsstelsel, maar wel in een aantal «gemeenschappelijke beginselen» waaraan een dergelijk stelsel dient te voldoen. De lidstaten beschikken over een grote mate van flexibiliteit bij de omzetting van deze beginselen in hun nationale wetgeving. Daardoor is ook sprake van veel beleidsruimte bij de inrichting van het herstructureringsstelsel. Zo kunnen de lidstaten ervoor kiezen om een volledig nieuw herstructureringsstelsel in hun wetgeving te introduceren. Zij kunnen ook een al bestaand herstructureringsstelsel aanpassen, zodat deze voldoet aan de in de richtlijn opgenomen beginselen. De lidstaten mogen in hun wetgeving meerdere herstructureringsstelsels naast elkaar laten bestaan, zolang één van die stelsel maar voldoet aan de beginselen die zijn opgenomen in de richtlijn. Verder mag dat stelsel bestaan uit één of meer procedures, maatregelen of bepalingen en mogen sommige onderdelen daarvan ook buitengerechtelijk verlopen. De lidstaten mogen bepalen dat de betrokkenheid van een rechterlijke of administratieve instantie beperkt is tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is (artikel 4 lid 5 en 6 en overweging 16 van de considerans van de richtlijn).

In het Nederlandse insolventierecht is op dit moment al sprake van vier akkoordprocedures buiten faillissement; a) de dwangregeling op basis van artikel 287a, vijfde, lid Fw, b) de surseanceakkoord procedure op basis van de artikelen 252 e.v. Fw, alsmede c) de besloten akkoordprocedure buiten faillissement en de openbare akkoordprocedure buiten faillissement zoals voorzien in de WHOA-regeling.

a) De dwangregeling op basis van artikel 287a Fw maakt onderdeel uit van de WSNP. Deze regeling, die in de volgende paragraaf uitgebreider wordt besproken, biedt de schuldenaar de mogelijkheid om na een schuldsaneringstraject van drie jaar verlost te worden van zijn schulden. Heeft de schuldenaar voor de indiening van zijn verzoek om toegelaten te worden tot de WSNP geprobeerd een schuldregeling te

treffen met zijn schuldeisers, maar is dit niet gelukt omdat een aantal schuldeisers geweigerd heeft om hiermee in te stemmen, dan kan hij de rechter bij zijn toelatingsverzoek ook vragen om de schuldregeling dwingend op te leggen aan deze weigerachtige schuldeisers (artikel 287a Fw). De schuldenaar vraagt de rechter in dat geval primair om de schuldregeling dwingend op te leggen en – voor het geval dat dit primaire verzoek wordt afgewezen – subsidiair om toegelaten te worden tot de WSNP. De rechter zal het primaire verzoek toewijzen als «*de schuldeiser in redelijkheid niet tot weigering van instemming met de schuldregeling heeft kunnen komen, in aanmerking genomen de onevenredigheid tussen het belang dat hij heeft bij uitoefening van de bevoegdheid tot weigering en de belangen van de schuldenaar of van de overige schuldeisers die door die weigering worden geschaad*» (artikel 287a, vijfde lid, Fw). Zoals al blijkt uit de titel van de wet richt de WSNP zich uitsluitend op natuurlijke personen. Dit kunnen ook ondernemers zijn, maar in ieder geval geen rechtspersonen. Dit maakt het toepassingsbereik van deze regeling te beperkt om daarin het in de richtlijn voorziene preventieve herstructureringsstelsel te implementeren.

b) Afdeling 2 van Titel II van de Faillissementswet geeft de schuldenaar de mogelijkheid om een akkoord aan zijn schuldeisers aan te bieden in het kader van een verleende surseance van betaling. De schuldenaar kan surseance aanvragen als hij voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan. Als het verzoek wordt toegewezen krijgt de schuldenaar een uitstel van betaling jegens zijn concurrente schuldeisers en kan hij de rechter vragen om een tijdelijke schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen jegens al zijn schuldeisers (artikelen 230 en 241a Fw). Ook wordt er dan een bewindvoerder benoemd, die de schuldenaar ondersteunt bij het beheer van zijn onderneming. Tegelijk met of na het verzoek tot surseance kan de schuldenaar een voorstel doen voor een akkoord waarbij de schulden worden geherstructureerd. Een surseanceakkoord beperkt zich tot één categorie van schuldeisers; de concurrente schuldeisers die betrokken zijn bij de surseanceprocedure. Het akkoord ziet wel steeds op álle concurrente schuldeisers van de schuldenaar, mits zij hun vordering hebben ingediend en zij zijn toegelaten tot de stemming (artikel 252 Fw). De regeling omvat verder niet veel voorschriften over de inhoud van het akkoord en de daarbij te verschaffen informatie. De schuldeisers krijgen tijdens een zitting de gelegenheid om te stemmen over het akkoord. Indien het akkoord met een voldoende meerderheid wordt aangenomen, kan het akkoord ter goedkeuring (homologatie) aan de rechter worden voorgelegd. De schuldeisers kunnen zich daar dan nog tegen verzetten. De rechter toetst het akkoord aan een aantal homologatievoorwaarden. Als het akkoord voldoet aan deze voorwaarden, zal de rechter het akkoord homologeren. De surseanceregeling omvat kortom een herstructureringsprocedure die kan leiden tot een akkoord met concurrente schuldeisers. Dit akkoord kan ook concurrente schuldeisers binden die hiermee niet hebben ingestemd (zie artikel 273 Fw). Aanvankelijk was het de bedoeling om de in de richtlijn opgenomen bepalingen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel in de surseanceregeling te implementeren.[5] Dit bleek echter erg veel aanpassingen te vergen, die de regeling daarmee bovendien zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar maakten. Daarom is hiervan uiteindelijk afgezien.

c) Op 1 januari 2021 is de WHOA in werking getreden. De WHOA heeft in de Faillissementswet twee nieuwe akkoordprocedures geïntroduceerd: een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare

[5] Kamerstukken II 2018/19, 33 695, nr. 18.

akkoordprocedure buiten faillissement (artikel 369, zesde lid, Fw). Kort gezegd helpt de WHOA-regeling schuldenaren die een onderneming drijven om een akkoord met de schuldeisers en aandeelhouders tot stand te brengen waarbij schulden worden geherstructureerd en een faillissement kan worden voorkomen. De rechter kan dit akkoord bevestigen (homologeren) als de besluitvorming over en de inhoud van het akkoord aan bepaalde in de WHOA-regeling gestelde eisen voldoen. Als het akkoord wordt bevestigd, geldt het voor alle bij het akkoord betrokken schuldeisers en aandeelhouders en dus ook voor schuldeisers of aandeelhouders die daar niet mee hebben ingestemd. De WHOA kende een vrij lang voorbereidingstraject dat na verloop van tijd parallel begon te lopen met de onderhandelingen over de richtlijn. Op dat moment is ervoor gekozen om de WHOA zoveel mogelijk bij de richtlijn aan te laten sluiten. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is ook steeds toegelicht op welke wijze dit is gebeurd.[6] Dit heeft ertoe geleid dat de WHOA-regeling nagenoeg volledig aansluit bij de in de richtlijn opgenomen «gemeenschappelijke beginselen», zoals beschreven in paragraaf 2.2 van deze toelichting. Daarom is ervoor gekozen om de WHOA-regeling te laten dienen als implementatie van de in de richtlijn opgenomen «gemeenschappelijke beginselen» betreffende het preventieve herstructureringsstelsel. Hieronder wordt kort toegelicht wat deze keuze meebrengt voor de invulling van de beleidsruimte die de richtlijn biedt. In dit wetsvoorstel wordt nog een beperkt aantal aanpassingen doorgevoerd in de WHOA-regeling om de omzetting van de genoemde bepalingen uit de richtlijn te vervolmaken. De meer materiële aanpassingen worden hierna kort beschreven. Daarnaast wordt kort toegelicht dat het huidige recht al voldoet aan artikel 19 van de richtlijn, dat ziet op verplichtingen van bestuurders in geval van dreigende insolventie.

Omgang met de in de richtlijn voorziene beleidsruimte

Zoals gezegd is ervoor gekozen om een al bestaand herstructureringsstelsel – dat wil zeggen de in de Faillissementswet opgenomen WHOA-regeling – aan te passen, zodat deze voldoet aan alle in de richtlijn opgenomen «gemeenschappelijke beginselen». Bovendien is gebruik gemaakt van de optie om een ander herstructureringsstelsel – te weten de surseance van betaling – dat niet voldoet aan die beginselen, te handhaven (overweging 16 van de richtlijn). De keuze om de WHOA-regeling te laten dienen als de implementatie van de richtlijn, betekent dat bij de invulling van beleidsruimte die de richtlijn biedt, de beleidskeuzes zijn gevolgd die in de WHOA ten aanzien van de inrichting van het herstructureringsstelsel zijn gemaakt.[7] Voor de verschillende specifieke keuzemogelijkheden die de richtlijn bevat, brengt dit uitgangspunt het volgende mee:

– Wat betreft de uitwerking van het stelsel is de mogelijkheid benut om de betrokkenheid van de rechter beperkt te houden en de toepassing van het herstructureringsstelsel grotendeels buitengerechtelijk te laten verlopen. Dit zijn nu al uitgangspunten bij de WHOA-regeling (artikel 4 lid 5 en 6 van de richtlijn).
– Ten aanzien van het toepassingsbereik van het herstructureringsstelsel geldt dat in de WHOA-regeling geen gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die artikel 1, leden 3 en 4 van de richtlijn biedt om bepaalde categorieën schuldenaren uit te sluiten. Er is niet gebleken van een behoefte om dit alsnog te doen. Op grond van de WHOA-regeling geldt wel dat een akkoord geen verandering kan brengen in

[6] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3.
[7] Zie voor een nadere onderbouwing van deze keuzes de memorie van toelichting bij de WHOA; Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3.

de rechten van werknemers (zie artikel 369, vierde lid, Fw). Daarmee is gebruik gemaakt van de mogelijkheid die artikel 1 lid 5 onderdeel a van de richtlijn biedt. De vorderingen genoemd in artikel 1 lid 5, onderdelen b en c van de richtlijn zijn in de WHOA-regeling niet uitgesloten van de reikwijdte van het herstructureringsstelsel.

– In de WHOA-regeling is geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om toelatingseisen voor akkoordprocedures buiten faillissement te introduceren, zoals een levensvatbaarheidstoets (artikel 4 lid 2 en 3 van de richtlijn). Er is niet gebleken van een behoefte om dergelijke toelatingseisen alsnog te stellen.
– De lidstaten kunnen een beperking stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode toegang heeft tot het preventieve herstructureringsstelsel (artikel 4 lid 4 van de richtlijn). Artikel 369, vijfde lid, Fw bevat een dergelijke beperking.
– Optie is om het herstructureringsstelsel ook ter beschikking te stellen aan schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers (artikelen 4 lid 8 en 9 lid 1, tweede alinea, van de richtlijn). De artikelen 371 en 381 Fw bieden deze mogelijkheid. Dit heeft wel geleid tot nog enkele aanpassingen in de regeling, waarop hierna nader zal worden ingegaan.
– De rechter dient in staat te worden gesteld om tenuitvoerleggingsmaatregelen te schorsen (de afkoelingsperiode). De lidstaten hebben een aantal opties bij de inrichting van de afkoelingsperiode:
    a. de afkoelingsperiode kan door de rechter geweigerd worden als de afkondiging daarvan niet nodig is in het kader de onderhandelingen over een herstructureringsplan (artikel 6 lid 1, tweede alinea, van de richtlijn);
    b. naast een algemene afkoelingsperiode kan ook voorzien worden in een beperkte variant, die gericht kan zijn op een bepaalde categorie schuldeisers (artikel 6 lid 3 van de richtlijn);
    c. bepaalde vorderingen kunnen worden uitgezonderd van de afkoelingsperiode (artikel 6 lid 4 van de richtlijn);
    d. er kan een verlenging van de afkoelingsperiode worden toegestaan (artikel 6 lid 7 van de richtlijn);
    e. in bepaalde omstandigheden moet de rechter de afkoelingsperiode kunnen opheffen (artikel 6 lid 9, onder a en b van de richtlijn). Lidstaten kunnen de rechter daarnaast de bevoegdheid geven om de afkoelingsperiode ook op te heffen als diegenen die hierdoor geraakt worden, wezenlijk in hun belangen worden geschaad of zelf insolvent dreigen te raken (artikel 6 lid 9, onder c en d, van de richtlijn);
    f. de hiervoor genoemde mogelijkheden van de rechter om de afkoelingsperiode op te heffen, kunnen ook weer worden ingeperkt (artikelen 6 lid 9, tweede en derde alinea en 7 lid 3 van de richtlijn).

  Artikel 376 Fw omvat al een regeling tot afkondiging van een afkoelingsperiode. Bij de keuzes die daar zijn gemaakt, wordt aangesloten. Op grond van deze regeling heeft de rechter de mogelijkheid om zowel een algemene als een beperkte afkoelingsperiode af te kondigen. Er is geen gebruik gemaakt van de optie om vorderingen uit te sluiten van de toepassing van de afkoelingsperiode. De rechter weigert de afkoelingsperiode als niet summierlijk is gebleken dat deze – kort gezegd -noodzakelijk is in het kader van de onderhandelingen over een akkoord (zie het vierde lid van artikel 376 Fw en de aanvulling daarop in artikel I, onderdeel RR van dit wetsvoorstel). Verlenging van de afkoelingsperiode is onder omstandigheden mogelijk. De rechter heeft de mogelijkheid de afkoelingsperiode op te heffen als diegenen die door de afkoelingsperiode geraakt worden, hierdoor wezenlijk in hun belangen worden geschaad. Daarnaast kan de rechter een derde machtigen tot verhaal of tot opeising van goederen (artikel 376, tweede lid, onderdeel a, Fw). In een nieuw in te voegen tiende lid van

art. 376 Fw wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een dergelijke machtiging kan verlenen (zie artikel I, onderdeel RR van dit wetsvoorstel).

– De lidstaten kunnen bepalen dat de afkoelingsperiode niet geldt voor salderingsovereenkomsten op financiële markten, energiemarkten en grondstoffenmarkten, onder voorwaarde dat deze overeenkomsten onder het nationale insolventierecht afdwingbaar zijn (zie artikel 7 lid 6 van de richtlijn). Bij een salderingsovereenkomst komen partijen overeen dat de vorderingen en schulden die zij over en weer op elkaar hebben, worden verenigd tot één gesaldeerde verbintenis.[8] Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan financiële raamovereenkomsten, zoals de «ISDA Master Agreement» voor derivatentransacties en de «GMRA» voor effectenfinancieringstransacties (vgl. overweging 94 van de considerans bij de richtlijn).[9] Partijen kunnen meerdere derivaten- en effectenfinancieringstransacties met elkaar aangaan, die onder dezelfde financiële raamovereenkomst vallen. Financiële raamovereenkomsten en de daarbij behorende documenten omvatten onder meer bepalingen betreffende vervroegde beëindiging indien zich bepaalde omstandigheden voordoen, zoals dat één van de betrokken partijen zijn verplichtingen niet nakomt of insolvent raakt. In geval van vroegtijdige beëindiging voorzien dergelijke overeenkomsten in een regeling waarbij alle transacties die onder de raamovereenkomsten tussen partijen tot stand zijn gekomen, in één keer volgens een vooraf afgesproken systeem worden afgewikkeld («close-out netting»). De vorderingen en schulden die partijen over en weer op elkaar hebben, worden daarbij tegen elkaar weggestreept en gesaldeerd tot één netto-verplichting. Op deze manier kunnen partijen de risico's die uit deze transacties voortvloeien, beheersen. De stabiliteit van de financiële markten is daarom in belangrijke mate afhankelijk van de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten. Tegen deze achtergrond biedt artikel 7 lid 6 van de richtlijn de lidstaten de mogelijkheid om dergelijke salderingsovereenkomsten vrij te stellen van de gevolgen van de afkoelingsperiode.
  Zoals in de Memorie van Antwoord bij de WHOA is uiteengezet, doet de huidige WHOA-regeling geen afbreuk aan de afdwingbaarheid van de financiële raamovereenkomsten als de «ISDA Master Agreement» en de «GMRA» en van andere salderingsovereenkomsten die qua inhoud en structuur daarmee vergelijkbaar zijn.[10] Er is dus geen noodzaak voor een nadere wettelijke regeling op dit punt. In aanvulling op hetgeen hierover in de genoemde Memorie van Antwoord is opgemerkt, geldt daarbij het volgende. Uit artikel 373, derde lid, Fw blijkt dat het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, en daarmee samenhangende gebeurtenissen en handelingen geen grond kunnen zijn voor beëindiging van een overeenkomst. Van belang is daarbij dat artikel 373, derde lid, Fw spreekt over gebeurtenissen en handelingen die *rechtstreeks* verband houden met het voorbereiden, aanbieden of het uitvoeren van een akkoord of de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en hiervoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Een voorbeeld hiervan is een verzoek tot of de afkondiging van een afkoelingsperiode (vgl. artikel I, onderdeel PP van dit wetsvoorstel). Artikel 373, derde lid, Fw staat er daarmee niet eraan in de weg dat tijdens een WHOA-traject een beroep wordt gedaan op clausules die de beëindiging van de overeenkomst en de daarmee verband

---

[8] Vgl. B.A. Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40), Deventer: Kluwer 2019/64.

[9] Zie voor meer informatie over de «*ISDA Master Agreement*»: W.A.K. Rank, «*Een paarlen jubileum voor de ISDA Master Agreement: 30 jaar contractszekerheid voor OTC-derivaten*», Tijdschrift voor Financieel Recht, 4 april 2017.

[10] Kamerstukken I 2020/21, 35 249, C, p. 7 e.v.

houdende afwikkeling volgens het systeem van «close-out netting» koppelen aan andere dan de genoemde gebeurtenissen en handelingen, zoals een betalingsverzuim, een gedane verklaring die onjuist blijkt te zijn of een neerwaartse aanpassing van een kredietbeoordeling.
Uit artikel 373, vierde lid, Fw blijkt dat als er een afkoelingsperiode is afgekondigd, een eerder verzuim geen grond kan zijn voor beëindiging van de overeenkomst. Dit geldt echter alleen voor zover zekerheid is gesteld voor de nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode. Bij de beoordeling of in een bepaald geval voldoende zekerheid is gesteld, zal rekening moeten worden gehouden met het type overeenkomst dat aan de orde is en het type zekerheden dat daarbij gebruikelijk is. In geval van een financiële raamovereenkomst betekent dit bijvoorbeeld dat bij het stellen van zekerheid rekening zal moeten worden gehouden met het feit dat zowel de waarde van de zekerheden als de waarde van de verplichtingen tijdens de afkoelingsperiode kan fluctueren. Voor zover de zekerheid die de schuldenaar stelt onvoldoende is, staat artikel 373, vierde lid, Fw niet in de weg aan beëindiging en afwikkeling van de financiële raamovereenkomst volgens het daarin opgenomen systeem. Wordt de overeenkomst op deze grond rechtsgeldig beëindigd, dan kan de schuldenaar die beëindiging niet eenzijdig ongedaan maken door alsnog voldoende zekerheid te stellen.
Als een schuldenaar besluit de WHOA te gebruiken om zijn schulden via een akkoord te herstructureren, heeft hij de mogelijkheid om lopende overeenkomsten eenzijdig, tussentijds op te zeggen als de wederpartij niet instemt met een voorgestelde vrijwillige wijziging of beëindiging (artikel 373, eerste lid, Fw). De opzeggingsmogelijkheid kan ook worden ingeroepen om een financiële raamovereenkomst eenzijdig, tussentijds op te zeggen. Uit artikel 373, tweede lid, Fw blijkt dat na de eenzijdige opzegging de wederpartij recht heeft op vergoeding van de schade die hij lijdt vanwege de beëindiging van de overeenkomst. Nu het hierbij gaat om een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, is afdeling 10 van Titel 1 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek hierop van toepassing indien Nederlands recht van toepassing is. In artikel 373, tweede lid, Fw wordt dit nog eens uitdrukkelijk bevestigd. Deze bepaling heeft niet de strekking afbreuk te doen aan de afspraken die partijen zelf hebben gemaakt rond de afwikkeling van hun overeenkomst. In geval van een financiële raamovereenkomst zal het daarin opgenomen systeem van «close-out netting» moeten worden gevolgd om de verplichtingen van partijen als gevolg van de beëindiging vast te stellen. Bovendien blijft het op de overeenkomst toepasselijke recht gelden. Uit de tweede zin van artikel 373, tweede lid, Fw, volgt niet dat steeds Nederlands recht zou moeten worden toegepast ten aanzien van dit recht op schadevergoeding.
Ten slotte bepaalt dit wetsvoorstel dat financiëlezekerheidsovereenkomsten en verrekenbedingen in de zin van artikel 7:51 BW zijn uitgezonderd van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord (zie artikel I, onderdeel MM). Deze overeenkomsten en bedingen zijn daarmee afdwingbaar ondanks de start van een WHOA-traject of de afkondiging van een afkoelingsperiode. In gevallen waarin de eerder genoemde salderingsovereenkomsten kwalificeren als een financiëlezekerheidsovereenkomst, of deze salderingsovereenkomsten een verrekenbeding in de zin van artikel 7:51 BW bevatten, geldt deze uitzondering. Voor andere salderingsovereenkomsten gelden de hiervoor genoemde waarborgen die ervoor zorgdragen dat de WHOA-regeling geen afbreuk doet aan de afdwingbaarheid ervan.

– Een herstructureringsplan dient bepaalde informatie te omvatten. De lidstaten kunnen ervoor kiezen om ook de opname van de geraamde financiële stromen van de schuldenaar verplicht te stellen (artikel 8 lid

1, onderdeel g, onder v, van de richtlijn). Van deze optie is in de WHOA-regeling geen gebruik gemaakt. Deze huidige regeling wordt gehandhaafd.

– Er dient een stemming plaatst te vinden over een herstructureringsplan. De lidstaten kunnen hierop enkele uitzonderingen maken:
  a. bepaalde partijen mag het stemrecht worden onthouden (artikel 9 lid 3 van de richtlijn).
  b. een stemming mag achterwege blijven als anderszins blijkt dat een akkoord door een meerderheid wordt gesteund (artikel 9 lid 7 van de richtlijn).

  In de huidige WHOA-regeling is hiervan geen gebruik gemaakt en er is niet gebleken van een behoefte om dit alsnog te doen.
– Bij een herstructureringsplan dient sprake te zijn van een klassenindeling. De lidstaten mogen echter bepalen dat hierop een uitzondering wordt gemaakt als de schuldenaar een MKB-ondernemer is (artikel 9 lid 4, derde alinea, van de richtlijn). Van deze optie is in de WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en dit wordt gehandhaafd.
– De lidstaten kunnen de vroegtijdige toetsing door de rechter van de toekenning van stemrechten en de klassenindeling verplicht stellen (artikel 9 lid 5, tweede alinea, van de richtlijn). Artikel 378 lid 1, onderdelen b en c, Fw voorziet nu in een mogelijkheid om deze aspecten door de rechter te laten toetsen. Er is geen sprake van een verplichting.
– De richtlijn bevat keuzemogelijkheden ten aanzien van de voorwaarden waaronder een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd, kan worden gehomologeerd. In dit verband geldt dat artikel 384, vierde lid, onderdeel b, Fw aansluit bij het criterium zoals geformuleerd in artikel 11 lid 2, eerste alinea van de richtlijn (de zogenaamde «*absolute priority rule*»), Niet gekozen is daarmee voor de zogenaamde «*relative priority rule*» zoals opgenomen in artikel 11 lid 1 onderdeel c van de richtlijn. Bovendien bevat artikel 384, vierde lid, onderdeel b, Fw de mogelijkheid om onder omstandigheden af te wijken van de verdeling volgens de wettelijke rangorde bij verhaal. Daarmee wordt gebruik gemaakt van de ruimte die artikel 11 lid 2, tweede alinea, van de richtlijn hiertoe biedt.
– De lidstaten kunnen bepalen dat een akkoord alleen in aanmerking komt voor homologatie als meer dan één klasse van schuldeisers of aandeelhouders daarmee heeft ingestemd (artikel 11 lid 1, derde alinea, van de richtlijn). Van deze optie is geen gebruik gemaakt. Nu geldt op basis van artikel 383, eerste lid, Fw, dat ten minste één klasse moet hebben ingestemd. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet.
– De richtlijn biedt de lidstaten – onder voorwaarden – de ruimte om tegen beslissingen van de rechter omtrent een verzoek tot homologatie van het akkoord een hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep – open te stellen (artikel 16 van de richtlijn). Hiervan is geen gebruik gemaakt. In artikel 369, tiende lid, Fw zijn rechtsmiddelen tegen beslissingen in het kader van de akkoordprocedures uitgesloten.
– De lidstaten moeten ervoor zorgen dat nieuwe en tussentijdse financieringen, alsmede noodzakelijke transacties die worden verricht terwijl er een akkoord in voorbereiding is of die onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord, voldoende worden beschermd. Daarbij hebben de lidstaten de volgende opties:
  a. die bescherming kan afhankelijk gemaakt worden van een voorafgaande rechterlijke controle of van de homologatie van het akkoord, en

b. bepaald kan worden dat er geen bescherming is, als de schuldenaar op het moment dat hij de tussentijdse financiering of de transacties aanging al insolvent was (artikelen 17 lid 1 – 3 en 18 lid 1 – 3 van de richtlijn).

Op grond van artikel 42a Fw geldt dat voor bescherming voor rechtshandelingen die – kort gezegd – nodig zijn in het kader van de voorbereiding van een akkoord, een machtiging is vereist. Daarbij toetst de rechtbank of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers van de schuldenaar bij deze rechtshandeling gediend zijn, terwijl geen van de individuele schuldeisers daardoor wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Nieuwe financiering wordt enkel beschermd als deze is opgenomen in een gehomologeerd akkoord (zie artikel 384, tweede lid, onder f, Fw). In dit wetsvoorstel wordt een vergelijkbare regeling getroffen voor transacties die onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een akkoord (zie artikel I, onderdeel WW van dit wetsvoorstel en de toelichting hieronder). Daarmee is gebruik gemaakt van de bovengenoemde beleidsruimte die de richtlijn biedt.

– De richtlijn biedt de optie om verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht te geven om met voorrang terugbetaald te worden als er alsnog een faillissement volgt (artikel 17 lid 4 van de richtlijn). Hiervan is in de huidige WHOA-regeling geen gebruik gemaakt en er is niet voor gekozen om dit alsnog te doen.

Totstandkoming akkoord op initiatief van derden

Onder de WHOA-regeling kunnen buiten de schuldenaar zelf ook de schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging het initiatief nemen om een akkoordprocedure te starten. Zij kunnen de rechter vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens probeert een akkoord tot stand te brengen (artikel 371 Fw). Als sprake is van een MKB-bedrijf, vereist de richtlijn in een dergelijk geval dat de schuldenaar instemt met de herstructureringsprocedure (zie artikel 4 lid 8 van de richtlijn en overweging 29 van de considerans van de richtlijn). In aansluiting hierop is in de WHOA-regeling bepaald dat bij MKB-bedrijven voor het in stemming brengen van een akkoord door een herstructureringsdeskundige de instemming van de schuldenaar nodig is (artikel 381, tweede lid, Fw). Daarbij geldt wel dat de herstructureringsdeskundige de rechter kan vragen zich uit te laten over een weigering van het bestuur om instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur (artikel 378, eerste lid, onderdeel g, en vijfde lid Fw). Dit betekent dat aandeelhouders het bestuur van de onderneming niet op onredelijke wijze mogen belemmeren om instemming te verlenen, zoals ook expliciet bepaald is in artikel 381, tweede lid, Fw).

Om zeker te stellen dat de door de WHOA geïntroduceerde besloten akkoordprocedure en openbare akkoordprocedure op dit punt inderdaad in overeenstemming zijn met de richtlijn, wordt deze regeling nu aangepast. In gevallen waarin een WHOA-traject start door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige op verzoek van een ander dan het MKB-bedrijf zelf, wordt instemming van het MKB-bedrijf al vereist voor deze aanstelling en dus niet langer pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd (zie artikel I, onderdelen OO en UU). Van introductie van een extra instemmingsvereiste is geen sprake. Het al bestaande instemmingsvereiste wordt alleen naar voren gehaald, namelijk van het moment voordat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd naar het moment waarop de rechter moet beslissen over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Vanaf de aanstelling van

een herstructureringsdeskundige kan gebruik worden gemaakt van de verschillende voorzieningen die de WHOA-regeling biedt. Het gaat dan onder meer om de mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw, de mogelijkheid om op grond van artikel 42a Fw te verzoeken om een machtiging voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen en de mogelijkheid voor de rechtbank om op grond van artikel 379 Fw bepalingen te maken of voorzieningen te treffen ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige de start van de akkoordprocedure markeert. Overweging 29 van de considerans van de richtlijn bepaalt dat *«lidstaten de start van de procedure [dienen] te binden aan de voorwaarde dat de schuldenaar ermee instemt».* Het sluit hierbij aan om de instemming van de MKB-onderneming te vereisen op het moment van aanstelling van de herstructureringsdeskundige.

Ook in de gewijzigde regeling wordt expliciet bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, op grond waarvan lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren.

Het aanbiedingsrecht van de schuldenaar

Artikel 9 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructureringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen. Dit betekent in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures dat de schuldenaar, ook als er een herstructureringsdeskundige is aangewezen die de ontwikkeling van een akkoord ter hand neemt, de mogelijkheid moet hebben een eigen akkoord in stemming te brengen. In de WHOA-regeling is hierin als volgt voorzien. Artikel 371, eerste lid, Fw stelt voorop dat, zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt, de schuldenaar geen akkoord kan aanbieden. Vervolgens is echter bepaald dat de schuldenaar wel een akkoord aan de herstructureringsdeskundige kan overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen (artikel 371, eerste lid, vierde en vijfde zin, Fw). De schuldenaar heeft dus de mogelijkheid om *via* de herstructureringsdeskundige een eigen akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. Voor deze systematiek is gekozen om te voorkomen dat er tegelijkertijd meerdere parallelle akkoordtrajecten aanhangig kunnen zijn. De poging om een akkoord tot stand te brengen concentreert zich altijd binnen één traject dat wordt gecoördineerd door de herstructureringsdeskundige. De herstructureringsdeskundige heeft hierdoor bovendien de mogelijkheid om te proberen in overleg met de schuldenaar alsnog tot één akkoordvoorstel te komen.[11] De richtlijn staat niet in de weg aan deze systematiek, waarin het ter stemming voorleggen van een eigen akkoord van de schuldenaar via de herstructureringsdeskundige verloopt. In artikel 9 lid 1 van de richtlijn wordt het immers aan de lidstaten gelaten om te regelen op welke manier de schuldenaar een akkoord aan de betrokken partijen kan aanbieden. Dat aanbieding enkel via de herstructureringsdeskundige mogelijk is, stimuleert dat de schuldenaar en de herstructureringsdes-

[11] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 7, p. 3.

kundige met elkaar in gesprek blijven. Dit sluit aan bij overweging 10 van de considerans van de richtlijn, waarin wordt overwogen dat een herstructurering gebaseerd moet zijn op een dialoog met de belanghebbenden die betrekking heeft op de keuze van de beoogde maatregelen voor het halen van de doelstellingen van de herstructureringsoperatie alsmede op alternatieve opties.
Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, zal de herstructureringsdeskundige echter aan het verzoek van de schuldenaar moeten voldoen en het akkoord van de schuldenaar in stemming moeten brengen. Anders wordt niet voldaan aan artikel 9 lid 1 van de richtlijn; de schuldenaar heeft dan geen *recht* op het voorleggen van het akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Gelet hierop wordt de tekst van artikel 371, eerste lid, laatste zin, Fw, iets aangescherpt. Bepaald wordt dat als de schuldenaar een akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigt met het verzoek om dit akkoord aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen, de herstructureringsdeskundige dit verzoek vervolgens op een door hem te bepalen wijze en binnen een door hem te bepalen termijn zal inwilligen (artikel I, onderdeel OO). Daarmee blijkt uit de tekst van de wet expliciet dat de herstructureringsdeskundige aan het verzoek van de schuldenaar zal moeten voldoen. De tekst maakt ook duidelijk dat het aan de herstructureringsdeskundige is om te bepalen op welke wijze en wanneer het akkoord aan de stemgerechtigden wordt voorgelegd. Dit biedt de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid om het traject te coördineren. De herstructureringsdeskundige kan er bijvoorbeeld voor kiezen om het akkoord van de schuldenaar tegelijkertijd met het akkoord dat door hemzelf is voorbereid, in stemming te brengen. Wel geldt daarbij dat de herstructureringsdeskundige in het oog dient te houden dat de schuldenaar een effectieve mogelijkheid moet hebben om zijn akkoord aan te bieden. De herstructureringsdeskundige mag bijvoorbeeld het in stemming brengen van het akkoord niet zo lang uitstellen, dat het akkoord in feite geen kans van slagen meer heeft. Het past bovendien bij de rol van de herstructureringsdeskundige dat hij ook over de condities waaronder hij het akkoord in stemming brengt, met de schuldenaar in gesprek gaat.
Het is dus mogelijk dat er twee akkoorden in stemming worden gebracht; een akkoord van de schuldenaar en een akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige. In de huidige wet is niet geregeld wat geldt als na de stemming blijkt dat beide akkoorden op voldoende steun kunnen rekenen van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders en voor homologatie in aanmerking komen. Aan de wetsgeschiedenis van de WHOA valt te ontlenen dat het in een dergelijk geval aan de herstructureringsdeskundige is om te bepalen welk akkoord aan de rechter wordt voorgelegd.[12] Daarmee heeft de schuldenaar niet de mogelijkheid om af te dwingen dat zijn akkoord ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd, ook al werd zijn akkoord tijdens de stemming in voldoende mate gesteund. In dit wetsvoorstel wordt alsnog in artikel 383, eerste lid, Fw geregeld dat als het akkoord van de schuldenaar tijdens de stemming voldoende steun krijgt, de schuldenaar kan verlangen dat de herstructureringsdeskundige dit akkoord ter homologatie aan de rechter voorlegt (artikel I, onderdeel VV). Dit sluit aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, nu het recht van de schuldenaar om een akkoord voor te leggen aan de betrokken partijen alleen effectief is, als hij vervolgens een reële mogelijkheid heeft om dit – bij voldoende steun – gehomologeerd te krijgen. Als ook het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige in aanmerking komt voor homologatie, kan de herstructureringsdeskundige dit akkoord eveneens ter homologatie aan de rechter

[12] Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 7, p. 3.

voorleggen. Dit volgt uit de eerste zin van artikel 383, eerste lid, Fw en uit de twee nieuwe zinnen die worden toegevoegd aan artikel 384, eerste lid, Fw en waarin wordt bepaald in welke volgorde de rechter deze verzoeken vervolgens in behandeling neemt (artikel I, onderdeel WW). Duidelijke wettelijke regels voor wat geldt als beide akkoorden op voldoende steun kunnen rekenen, vergroten de voorspelbaarheid van het traject voor de betrokkenen bij de akkoordprocedure. Zij kunnen beter inschatten wat de kans is dat een aangeboden akkoord uiteindelijk gehomologeerd wordt en kunnen hier al in het voortraject en bij de stemming rekening mee houden.

Deze wettelijke regeling beoogt niet het overleg tussen de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar te vervangen. Het heeft nog steeds de voorkeur dat de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar na afloop van de stemming (wederom) in overleg treden over welk van beide akkoorden ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd. De kans van slagen van het traject is groter als er steeds goed overleg plaatsvindt tussen de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar. De schuldenaar is immers ook degene die als het akkoord gehomologeerd wordt, daaraan uitvoering moet geven. De voorgestelde wettelijke regeling biedt de ruimte voor dit overleg tussen de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige. Overigens is de schuldenaar niet verplicht om het traject dat hij zelf is aangevangen om een akkoord tot stand te brengen, na de stemming voort te zetten. Hij kan er ook voor kiezen om het traject na de stemming af te breken en de herstructureringsdeskundige niet te vragen om een homologatieverzoek in te dienen. Denkbaar is dat hij toch de voorkeur geeft aan homologatie van het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige, bijvoorbeeld omdat dit akkoord duidelijk meer steun heeft gekregen van de stemgerechtigden. Ook de herstructureringsdeskundige heeft de keuze of hij al dan niet een homologatieverzoek indient ten aanzien van het akkoord dat door hemzelf is voorbereid. De herstructureringsdeskundige zou er ook voor kunnen kiezen om alleen een homologatieverzoek in te dienen ten behoeve van het akkoord van de schuldenaar. Dit zou hij, op grond van artikel 383, eerste lid, eerste zin, Fw ook kunnen doen als de schuldenaar daar uiteindelijk zelf niet meer om vraagt. In de nieuw toegevoegde zin aan artikel 383, eerste lid, Fw wordt dit tot uitdrukking gebracht door de bepaling dat de herstructureringsdeskundige ook op eigen initiatief kan overgaan tot de indiening van een homologatieverzoek ten aanzien van een akkoord dat door de schuldenaar is voorbereid.

Op grond van bovenstaande regeling is het denkbaar dat de herstructureringsdeskundige twee homologatieverzoeken indient ten aanzien van twee verschillende akkoorden. De vraag is dan in welke volgorde die verzoeken door de rechter in behandeling genomen moeten worden. In artikel 384, eerste lid, worden twee nieuwe zinnen opgenomen waarin de rechter wordt voorzien van handvatten. Daarbij is als uitgangspunt genomen dat de rechter eerst beoordeelt of het akkoord van de schuldenaar voor homologatie in aanmerking komt. Als dit akkoord voldoet aan de voorwaarden, homologeert de rechter dit akkoord. De rechter gaat alleen over tot een beoordeling van het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige, als het akkoord van de schuldenaar niet blijkt te voldoen aan de homologatievoorwaarden en dus niet gehomologeerd kan worden. Voor deze regeling, waarin de homologatie van het akkoord van de schuldenaar voorop wordt gesteld, is opnieuw gekozen omdat het ook de schuldenaar is die het akkoord uiteindelijk moet uitvoeren en zijn steun voor het akkoord daarom van belang is. Dit sluit bovendien aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, waarin het recht van de schuldenaar om een akkoord aan te bieden, voorop staat.

Op het bovengenoemde uitgangspunt worden twee uitzonderingen gemaakt. In de eerste plaats kan de herstructureringsdeskundige een door de schuldenaar ondersteund verzoek indienen tot behandeling van de

verzoeken in omgekeerde volgorde. De rechter gaat in dat geval alleen over tot beoordeling van het akkoord van de schuldenaar als blijkt dat het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige niet aan de homologatievoorwaarden voldoet. Ook hier geeft de wettelijke regeling de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar dus de ruimte om afspraken te maken over het verloop van het traject. Ten tweede beoordeelt de rechter ook eerst het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige als alle klassen met dit akkoord hebben ingestemd, terwijl dit niet geldt voor het akkoord van de schuldenaar. In die situatie rechtvaardigt de grotere steun van de verschillende klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dat de voorkeur wordt gegeven aan het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige. Uiteraard is het van belang dat onzekerheid over de vraag of sprake is van een afwijzingsgrond die aan de homologatie van een van beide akkoorden in de weg staat, zo spoedig mogelijk kan worden weggenomen. In dit verband is artikel 378 Fw van belang, dat de mogelijkheid biedt om geschillen die opkomen in de fase die vooraf gaat aan de stemming, aan de rechter voor te leggen. Zeker in de – voor schuldeisers en aandeelhouders naar verwachting minder overzichtelijke – situatie dat er sprake is van de voorbereiding van twee akkoorden, kan hier behoefte aan bestaan. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat de herstructureringsdeskundige meent dat er een afwijzingsgrond aan de homologatie van het akkoord van de schuldenaar in de weg staat en hierover een oordeel vraagt aan de rechter. Hiermee kan snel en definitief *«deal certainty»* worden verkregen; dat wil zeggen dat er snel duidelijkheid komt over de vraag of het aangeboden akkoord kans van slagen heeft of dat het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen.

Tussentijdse en nieuwe financiering en andere transacties

De WHOA-regeling voorziet al in de mogelijkheid om tussentijdse financiering en andere transacties die noodzakelijk zijn om de onderneming tijdens de voorbereiding een akkoord voort te zetten, te beschermen tegen een vernietiging door de curator als de reddingsoperatie toch niet lukt en er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt (artikel 42a Fw). Deze bepaling sluit al grotendeels aan bij de artikelen 17 en 18 van de richtlijn, die onder meer bescherming vereisen van tussentijdse financiering en andere transacties ter ondersteuning van de onderhandelingen over een akkoord. In artikel 18 lid 4 van de richtlijn wordt een aantal transacties genoemd waarvoor deze bescherming in ieder geval moet gelden. Het gaat daarbij onder meer om de betaling van vergoedingen en kosten voor het onderhandelen over, of het goedkeuren of bevestigen van een herstructureringsplan (artikel 18 lid 4, onder a, van de richtlijn) en om de betaling van vergoedingen en kosten om een beroep te doen op professioneel advies dat nauw verband houdt met de herstructurering (artikel 18 lid 4, onder b, van de richtlijn). Het huidige artikel 42a Fw richt zich nu op rechtshandelingen die zien op de voortzetting van de onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord. Om zeker te stellen dat ook een machtiging gevraagd kan worden voor rechtshandelingen die verband houden met de voorbereiding van het akkoord, is artikel 42a Fw aangevuld (artikel I, onderdeel D). Uitdrukkelijk vermeld wordt dat het artikel mede ziet op rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om een akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of door de rechtbank te kunnen laten homologeren. De bepaling is ruim geformuleerd en omvat daarmee dus de transacties die expliciet worden genoemd in artikel 18 lid 4 van de richtlijn, maar ook andere transacties die noodzakelijk zouden kunnen zijn in het kader van de voortzetting van de onderneming en de totstandbrenging van het akkoord.

Dit wetsvoorstel vult daarnaast artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw aan (artikel I, onderdeel WW). Deze bepaling voorziet, in overeenstemming met artikel 17 van de richtlijn, nu al in de mogelijkheid van bescherming voor nieuwe financiering tegen een latere vernietiging door de curator als er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt. Bij nieuwe financiering gaat het om financiering die wordt verstrekt teneinde het akkoord uit te voeren en die in dat akkoord is inbegrepen (vgl. artikel 2 lid 1, onderdeel 7, van de richtlijn). Uit artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw volgt dat als wordt voorzien in dergelijke nieuwe financiering, dit in het akkoord moet worden vermeld. In het kader van de homologatie van een akkoord toetst de rechter op basis van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw 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 (artikel I, onderdeel WW). Dit is het geval als de financiering nodig is om de herstructurering te kunnen laten slagen. Hiervan kan ook sprake zijn als er een totaalpakket aan financiering wordt verstrekt, waarbij bijvoorbeeld een deel van de financiering wordt gebruikt voor de betaling van de uitkering aan de schuldeisers die in het akkoord is voorzien, een deel voor een noodzakelijke investering in de onderneming en een deel om in het kader van de voortzetting van de onderneming aan de dagelijkse financiële verplichtingen te voldoen. 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. Wordt het akkoord door de rechter gehomologeerd, dan volgt hieruit dat de financiering door de rechter is goedgekeurd en niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Niet voldaan is in een dergelijk geval immers aan de voorwaarde dat de schuldenaar en de financier wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers hiervan het gevolg zou zijn. Homologatie van het akkoord is dus een voorwaarde voor de bescherming van nieuwe financiering. De richtlijn maakt het mogelijk om deze voorwaarde aan de bescherming te stellen (zie artikel 17 lid 2 van de richtlijn). Gelet op de mogelijkheid om bescherming te verkrijgen voor een nieuwe financiering, is het voorstelbaar dat een akkoord waarmee alle individuele stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd alsnog ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd. De homologatie van het akkoord wordt dan niet gevraagd om weigerachtige schuldeisers of schuldeisers alsnog aan het akkoord te binden. Dit is in dat geval immers niet nodig, omdat iedereen heeft ingestemd met het akkoord. Het homologatieverzoek ziet dan puur op het verkrijgen van bescherming voor de nieuwe financiering. Ook in een dergelijk geval maakt de wet het mogelijk om een homologatieverzoek in te dienen (vergelijk artikel 383, eerste lid, Fw). Alleen als dit verzoek wordt toegewezen, wordt daarmee de hierboven beschreven bescherming verkregen.

De richtlijn vereist niet alleen bescherming voor nieuwe financiering, maar ook voor andere transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord (zie artikel 18 lid 5 van de richtlijn). Daarom wordt aan artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw toegevoegd dat de rechtbank een verzoek tot homologatie van het akkoord afwijst als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord 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 (artikel I, onderdeel WW). Wil de schuldenaar bescherming voor een dergelijke transactie, dan zal hij deze transactie in het akkoord moeten vermelden en daarbij moeten aangeven dat hij deze transactie bij de behandeling van het homologatieverzoek door de

rechtbank wil laten toetsen. Dit blijkt uit artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw, dat hiertoe is aangevuld. Gaat de rechter over tot homologatie van het akkoord, dan volgt hieruit dat de voorgenomen transactie is goedgekeurd en niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Daarmee genieten deze transacties de door de richtlijn vereiste bescherming. Ook hier geldt weer dat homologatie van het akkoord een voorwaarde voor deze bescherming is, ook als alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd met het akkoord.

Met de artikelen 42a en 384, tweede lid, onder f, Fw, staat vast dat de verstrekkers van tussentijdse financiering waarvoor een machtiging is verleend of van nieuwe financiering die is benoemd in een door de rechter gehomologeerd akkoord, niet enkel vanwege deze verstrekking civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk kunnen zijn. Van een onrechtmatige daad is bij dergelijk, door de rechter geaccordeerd, handelen geen sprake, laat staan van een strafbaar feit. Daarmee is voldaan aan artikel 17 lid 1 onderdeel b van de richtlijn.

De herstructureringsdeskundige en de observator

Zoals eerder opgemerkt, biedt de WHOA-regeling de mogelijkheid om door de rechter een herstructureringsdeskundige te laten aanstellen die aan de schuldeisers en aandeelhouders van een schuldenaar, of een aantal van hen, een akkoord kan aanbieden overeenkomstig de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord (zie artikel 371, eerste lid, Fw). Daarnaast maakt de WHOA-regeling het mogelijk dat in het kader van een akkoordprocedure een observator wordt aangesteld, die tot taak heeft toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (zie artikel 380, eerste lid, Fw).

Artikel 2 lid 1, onderdeel 12, van de richtlijn geeft een ruime definitie van het begrip «herstructureringsdeskundige». Elke persoon of instantie die door een rechterlijke of administratieve instantie is aangesteld om, met name, een of meer van de in die bepaling genoemde taken uit te voeren, heeft te gelden als een herstructureringsdeskundige in de zin van de richtlijn. De richtlijn noemt als taak onder meer het assisteren van de schuldenaar en de schuldeisers bij het opstellen van of het onderhandelen over een herstructureringsplan. Dit betreft de taken die de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, uitvoert en hij is daarmee een «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. Niet alleen de herstructureringsdeskundige, bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw, maar ook de observator bedoeld in artikel 380, eerste lid, Fw heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. De observator vervult taken als bedoeld in artikel 2 lid 1, onderdeel 12, onder b van de richtlijn: het toezicht houden op de activiteiten van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen over een herstructureringsplan, en verslag uitbrengen aan een rechterlijke of administratieve instantie.

Daarmee kent de WHOA-regeling twee functionarissen die hebben te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. Dit betekent dat, waar de richtlijn in artikel 5 lid 3 de verplichting aan lidstaten oplegt om in bepaalde situaties te voorzien in de (mogelijkheid van) aanstelling van een «herstructureringsdeskundige», op nationaal niveau de vrijheid bestaat om ófwel de aanstelling van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw voor te schrijven, ófwel die van een observator. Het gaat in artikel 5 lid 3 om de situatie waarin:
– een algemene afkoelingsperiode wordt afgekondigd (onderdeel a);

– de rechter wordt gevraagd om een akkoord te homologeren waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (onderdeel b), en
– de schuldenaar of een meerderheid van de schuldeisers vraagt om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige (onderdeel c).

De WHOA-regeling voorziet in de gevallen genoemd in artikel 5 lid 3, onderdelen a en b van de richtlijn in de aanstelling van een observator (zie de artikelen 376, negende lid, en 383, vierde lid, Fw). In het geval genoemd in artikel 5 lid 3, onderdeel c van de richtlijn schrijft de WHOA-regeling de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw voor (zie artikel 371, derde lid, Fw). Daarmee voldoet de WHOA-regeling op dit punt aan de vereisten van de richtlijn.

Dat artikel 5 lid 3 van de richtlijn spreekt over 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», maakt het bovenstaande niet anders. Deze bepaling brengt niet mee dat lidstaten in de daar genoemde gevallen verplicht zijn te voorzien in de aanstelling van een figuur die zich *actief* bezig houdt met het tot stand brengen van een akkoord. Assistentie bij de onderhandelingen over en de opstelling van een akkoord is immers op verschillende manieren mogelijk. Dit kan ook door toezicht te houden op de totstandkoming van het akkoord en daarbij oog te hebben voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dergelijk toezicht bevordert het vertrouwen van de betrokkenen in het proces en daarmee de slagingskansen van het akkoord. Ook de aanstelling van een figuur als de observator, wiens taak bestaat uit het toezicht houden op de totstandkoming van het akkoord, is in de gevallen genoemd in artikel 5 lid 3 dus mogelijk. Deze uitleg van artikel 5 lid 3 sluit bovendien aan bij de, als gezegd, ruime definitie van het begrip «herstructureringsdeskundige» in artikel 2 lid 1, onderdeel 12 van de richtlijn, die de lidstaten juist veel vrijheid geeft om zelf invulling te geven aan de figuur van de «herstructureringsdeskundige». Zo kunnen zij kiezen voor een meer «passieve» figuur die toezicht houdt op de activiteiten van de schuldenaar en op die manier assisteert bij de totstandkoming van een akkoord (artikel 2 lid 1, onderdeel 12, onder a en b), of voor een meer «actieve» figuur die actief probeert een akkoord tot stand te brengen of die de gedeeltelijke controle verwerft over de activa van de schuldenaar tijdens de onderhandelingen (artikel 2 lid 1, onderdeel 12, onder a en c). Zou artikel 5 lid 3 van de richtlijn aldus gelezen moeten worden dat in de daar genoemde gevallen steeds een meer «actieve» figuur moet worden benoemd, dan zou deze vrijheid van de lidstaten weer grotendeels teniet worden gedaan. Dit strookt ook niet met de overige onderdelen van de richtlijn, die de lidstaten juist veel ruimte laten bij de precieze inrichting van de herstructureringsprocedure. Volgens overweging 16 van de considerans bij de richtlijn moet de richtlijn lidstaten de flexibiliteit bieden om de gemeenschappelijke beginselen van de richtlijn toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsels.

Dat de observator kwalificeert als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, betekent wel dat de observator dient te voldoen aan de vereisten die de richtlijn aan de «herstructureringsdeskundige» stelt. Met het oog hierop regelt dit wetsvoorstel in de eerste plaats dat de naam van de observator, indien deze is aangesteld, in het akkoord wordt vermeld (zie artikel I, onderdeel QQ). Daarmee wordt voldaan aan artikel 8 lid 1 onderdeel f van de richtlijn, dat vereist dat het akkoord, indien van toepassing, informatie over de identiteit van de «herstructureringsdeskundige» bevat. Daarnaast regelt dit wetsvoorstel dat, als er een afkoelingsperiode is afgekondigd en er een observator is aangesteld, de rechtbank ook op verzoek van de observator de afkoelingsperiode kan

opheffen (zie artikel I, onderdeel RR). Dit is in overeenstemming met artikel 6 lid 9 onderdeel b van de richtlijn, op grond waarvan de rechter een schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen moet kunnen opheffen op verzoek van de «herstructureringsdeskundige».

Ten slotte wordt over de herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw en de observator als bedoeld in artikel 380, eerste lid, Fw nog het volgende opgemerkt. Niet alleen hebben beide functionarissen te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, in de openbare akkoordprocedure kwalificeren beiden bovendien als «insolventiefunctionaris» in de zin van artikel 2, punt 5 van de Insolventieverordening en zijn daarom opgenomen in Bijlage B bij deze verordening.[13]

Verantwoordelijkheid van bestuurders bij dreigende insolventie

Artikel 19 van de richtlijn ziet op de verantwoordelijkheid van bestuurders in geval van dreigende insolventie. Zoals tot uitdrukking komt in overwegingen 70 en 71 van de considerans van de richtlijn is het doel van deze bepaling enerzijds om ervoor te zorgen dat bestuurders van een onderneming die financiële moeilijkheden kent, stappen ondernemen om verliezen te beperken en insolventie te voorkomen. Anderzijds beoogt deze bepaling om in geval van dreigende insolventie schuldeisers en andere belanghebbenden bij de onderneming te beschermen tegen benadelende beslissingen van bestuurders. Hiertoe bevat artikel 19 van de richtlijn een aantal aspecten waarmee bestuurders in geval van dreigende insolventie in ieder geval rekening moeten houden. Het gaat om:
– de belangen van de schuldeisers, kapitaalhouders en andere belanghebbenden;
– de noodzaak stappen te ondernemen ter voorkoming van insolventie, en
– de noodzaak opzettelijke handelingen of grove nalatigheid te vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen.

Op grond van het huidige recht bestaat reeds een verplichting voor bestuurders om in geval van dreigende insolventie rekening te houden met de belangen van schuldeisers, kapitaalverschaffers en andere belanghebbenden, zoals werknemers. Deze verplichting volgt uit de artikelen 129 lid 5 en 239 lid 5 van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Daarin is bepaald dat bestuurders zich bij de vervulling van hun taak richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Wat dat belang inhoudt, hangt af van de omstandigheden van het geval. Indien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, wordt het vennootschapsbelang in de regel vooral bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming. Bij de vervulling van hun taak dienen bestuurders voorts, mede op grond van de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid zoals neergelegd in 2:8 BW, zorgvuldigheid te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en haar onderneming zijn betrokken. Deze zorgvuldigheidsverplichting kan meebrengen dat bestuurders bij het dienen van het vennootschapsbelang ervoor zorgen dat daardoor de belangen van al degenen die bij de vennootschap of haar onderneming zijn betrokken niet onnodig of onevenredig worden geschaad (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (*Cancun)*, r.o. 4.2.1 –

[13] De herstructureringsdeskundige en de observator zijn opgenomen in Bijlage B bij de Insolventieverordening bij de inwerkingtreding van Verordening (EU) 2021/2260 van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 2021 tot wijziging van Verordening (EU) 2015/848 betreffende insolventieprocedures ter vervanging van de bijlagen A en B (PbEU 2021, L 455).

4.2.3). Onder de bij de vennootschap of haar onderneming betrokkenen vallen onder meer schuldeisers, aandeelhouders en werknemers. Deze algemene verplichting voor bestuurders geldt uiteraard ook in geval van dreigende insolventie. Deze verplichting brengt onder meer mee dat bestuurders niet opzettelijk handelingen mogen verrichten of handelingen achterwege mogen laten die het voortbestaan van de onderneming bedreigen. In overweging 71 van de considerans van de richtlijn worden als voorbeelden hiervan genoemd opzettelijke handelingen of grove nalatigheid die leiden tot persoonlijke winst voor de bestuurder ten nadele van belanghebbenden, het instemmen met transacties onder de marktwaarde of een oneerlijke voorkeursbehandeling van bepaalde belanghebbenden. Dat dergelijke handelingen ontoelaatbaar zijn, volgt daarnaast uit artikel 2:9 BW, op grond waarvan een bestuurder tegenover de rechtspersoon gehouden is tot een behoorlijke vervulling van zijn taak. Komt een bestuurder deze verplichting niet na, dan is sprake van onbehoorlijk bestuur. Uit het tweede lid van artikel 2:9 BW volgt dat de bestuurder in dat geval aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende schade en zich slechts kan disculperen als hij kan aantonen dat hem geen ernstig verwijt kan worden gemaakt en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden. Dat bestuurders dienen af te zien van dergelijke opzettelijke handelingen en grove nalatigheid die het voortbestaan van de onderneming bedreigen, volgt verder uit de artikelen 2:138 en 2:248 BW, op grond waarvan bestuurders aansprakelijk zijn in geval van onbehoorlijk bestuur als dit een belangrijke oorzaak is van een faillissement. Daarnaast geldt op grond van artikel 42 Fw dat rechtshandelingen die de schuldenaar vóór de faillietverklaring onverplicht heeft verricht en waarvan deze bij dit verrichten wist of behoorde te weten dat daarvan benadeling van de schuldeisers het gevolg zou zijn, vernietigbaar kunnen zijn (Pauliana). Bestuurders die één of meer schuldeisers in aanloop naar een faillissement benadelen, kunnen aansprakelijk worden gesteld op grond van artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad). Daarnaast kunnen zij bij benadeling van schuldeisers strafrechtelijk aansprakelijk zijn op grond van artikel 342 of 343 van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr). Een bestuurder handelt voorts strafbaar op grond van artikel 347 WvSr als hij buitensporig middelen van de rechtspersoon verbruikt, uitgeeft of vervreemdt en de rechtspersoon ten gevolge daarvan ernstig nadeel ondervindt en het voortbestaan in gevaar komt.

Zoals hierboven is gezegd, volgt uit de plicht van bestuurders om zich te richten naar het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, zoals deze is neergelegd in de artikelen 2:129 lid 5 BW en 2:239 lid 5 BW, in de regel dat zij het bestendige succes van de aan de vennootschap verbonden onderneming dienen te bevorderen. Dit brengt mee dat zij in de situatie dat insolventie dreigt, zullen moeten bekijken of er een noodzaak is om stappen te ondernemen om insolventie te voorkomen. Dit betekent niet dat bestuurders onder alle omstandigheden door moeten gaan met hun onderneming of steeds koste wat kost een faillissement moeten voorkomen. Zij hebben de vrijheid om de onderneming te staken, mits zij daarbij de belangen van alle betrokkenen in acht nemen. Denkbaar is bovendien dat het bevorderen van het bestendige succes van de onderneming niet mogelijk is zonder dat de belangen van bepaalde betrokkenen bij de vennootschap of de met haar verbonden onderneming, zoals werknemers of aandeelhouders, onevenredig worden geschaad. Bestuurders zijn jegens een schuldeiser aansprakelijk wanneer zij namens de vennootschap rechtshandelingen aangaan terwijl zij weten, althans redelijkerwijze behoren te begrijpen, dat de vennootschap niet of niet binnen een redelijke termijn aan haar verplichtingen zal kunnen voldoen en geen verhaal zal bieden voor de ten gevolge van die wanpres-

tatie door de wederpartij te lijden schade (Beklamel-zaak).[14] Indien de belangen van betrokkenen er uiteindelijk meer mee gediend zijn dat de vennootschap failliet wordt verklaard en wordt ontbonden, zullen bestuurders daartoe moeten beslissen. Hoewel bestuurders kortom niet onder alle omstandigheden verplicht zijn een faillissement af te wenden, is het hun niet toegestaan hun ogen te sluiten voor de situatie van dreigende insolventie. Zij zijn verplicht om tijdig te bezien of het mogelijk is om insolventie te voorkomen en welke maatregelen hiertoe eventueel genomen kunnen worden. Blijkt het inderdaad mogelijk om insolventie te voorkomen zonder de belangen van betrokkenen onevenredig te schaden, dan zullen zij hiertoe ook de noodzakelijke maatregelen moeten treffen. Maatregelen waaraan bestuurders onder meer kunnen denken zijn het inroepen van professioneel advies, het gebruik maken van een van de instrumenten voor vroegtijdige waarschuwing (zie paragraaf 3.5 van deze toelichting) en/of het aanbieden van een akkoord aan de schuldeisers en/of aandeelhouders in een WHOA-traject. Uiteraard valt op voorhand niet met zekerheid vast te stellen welke handelwijze het beste uit zal pakken. Bestuurders hebben daarom een zekere beoordelingsruimte ten aanzien van de vraag of er maatregelen genomen moeten worden, en zo ja, welke.

3.2 De schone lei voor ondernemers

In de Faillissementswet zijn twee insolventieprocedures opgenomen die toegepast kunnen worden wanneer een natuurlijke persoon/ondernemer niet meer in staat is zijn schulden te voldoen: het faillissement (Titel I van de Faillissementswet) en de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (Titel III van de Faillissementswet). Alleen de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (hierna: WSNP) biedt de schuldenaar zicht op een «*schone lei*». Doel van de WSNP is 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.[15] Zoals eerder is opgemerkt in de paragrafen 2.1 en 2.3 van deze toelichting, bevat de richtlijn in de artikelen 20 en volgende geen uitgewerkte kwijtscheldingsregeling, maar bevat de richtlijn een aantal beginselen en stelt deze minimumeisen aan een dergelijke regeling. De lidstaten hebben veel flexibiliteit om deze eisen toe te passen met inachtneming van hun nationale rechtsstelsel (zie overweging 16 van de considerans bij de richtlijn). Hieronder wordt nader toegelicht op welke wijze in de WSNP al invulling is gegeven aan de eisen die de richtlijn stelt. Alleen op één punt is aanpassing van de WSNP noodzakelijk. In het onderhavige wetsvoorstel wordt in artikel 349a, eerste en tweede lid, Fw opgenomen op welke gronden het mogelijk is een langere schuldsaneringstermijn dan drie jaar vast te stellen.

Aard en toepassingsbereik van de WSNP

De WSNP sluit aan bij de eisen die in de artikelen 20, 23 lid 4 en 24 van de richtlijn worden gesteld betreffende de aard en het toepassingsbereik van de kwijtscheldingsregeling.

[14] HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286, m.nt. J.M.M. Maeijer (Beklamel).

[15] Mocht er gelijktijdig met het toelatingsverzoek van de schuldenaar een verzoek van een schuldeiser tot faillietverklaring van de schuldenaar aanhangig zijn, dan wordt eerst het toelatingsverzoek behandeld. De behandeling van het faillissementsverzoek wordt in de tussentijd geschorst. Als de rechtbank het verzoek van de schuldenaar honoreert en de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing verklaart, vervalt het faillissementsverzoek automatisch (artikel 3a Fw).

Aard van de WSNP

Ten aanzien van de aard van de WSNP is het volgende van belang. De in de WSNP voorziene schuldsaneringsregeling is een kwijtscheldingsregeling in de zin van de richtlijn. Zodra de schuldenaar is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling worden de reeds gestarte verhaalsacties van schuldeisers met vorderingen die vallen binnen het toepassingsbereik van de WSNP geschorst, komen de beslagen die door deze schuldeisers gelegd zijn te vervallen en is de schuldenaar voor deze vorderingen geen rente meer verschuldigd (artikelen 301 lid 2 en 3 en 303 lid 1 Fw). Als de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren doorloopt, kunnen schuldeisers betaling van de schulden – op enkele hierna genoemde uitgezonderde schulden na – niet langer afdwingen. De schulden worden omgezet in natuurlijke verbintenissen, dat wil zeggen rechtens niet-afdwingbare verbintenissen (zie artikel 6:3 lid 1 BW). Doordat de schuldeiser niet langer bevoegd is tot het afdwingen van betaling van deze schuld, kan hij ook geen beroep doen op verrekening met een eventuele vordering die de schuldenaar op hem mocht hebben (vergelijk artikel 6:127 lid 2 BW). Wel geldt dat een beroep op deze niet-verrekenbaarheid wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.[16] Doordat de schulden worden omgezet in natuurlijke verbintenissen, krijgt de schuldenaar de kwijtschelding van schuld waar titel III van de richtlijn op ziet. Van kwijtschelding van schuld in de zin van de richtlijn is onder meer sprake in geval van uitsluiting van de mogelijkheid schulden af te dwingen (vergelijk artikel 2 lid 1, onderdeel 10, van de richtlijn).

Verder omvat het WSNP-traject elementen van een liquidatieprocedure; de activa van de schuldenaar (hierna: boedel) worden te gelde gemaakt en de opbrengst wordt verdeeld onder de schuldeisers. Daarnaast is sprake van een inspanningsverplichting; de schuldenaar dient tijdens looptijd van schuldsaneringsregeling namelijk zoveel mogelijk inkomsten te verwerven die uiteindelijk, met uitzondering van het vrij te laten bedrag, ook toekomen aan de schuldeisers.

De schuldenaar kan bij de rechter een verzoek indienen tot toepassing van de WSNP (hierna: toelatingsverzoek), «*indien redelijkerwijs is te voorzien dat hij niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden of indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen*» (artikel 284 lid 1 en 2 Fw). Besluit de rechter de schuldenaar toe te laten tot de WSNP, dan benoemt hij ook een bewindvoerder en een rechter-commissaris (artikel 287 lid 3 Fw). De bewindvoerder ziet erop toe dat de schuldenaar alle verplichtingen die uit de schuldsaneringsregeling voortvloeien, nakomt. Ook is hij belast met het beheer en de vereffening van de boedel waarop de schuldsaneringsregeling van toepassing is en de verdeling van de opbrengst onder de schuldeisers (artikelen 316 lid 1, 347 lid 1 en 349 lid 1 Fw)[17]. De rechter-commissaris houdt toezicht op de bewindvoerder en neemt beslissingen in het kader van de schuldsaneringsregeling, waarvan er hierna enkele worden genoemd (artikel 314 lid 1 Fw).

---

[16] Zie ook HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:377, r.o. 3.4.4 en 3.5. Een beroep op niet-verrekenbaarheid kan o.a. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als beide vorderingen berusten op dezelfde contractuele verhouding; zie HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492, r.o. 3.5.

[17] Nadat de schuldenaar is toegelaten tot de WSNP verliest hij de bevoegdheid om te beschikken over de tot de boedel behorende goederen en om ten aanzien van die goederen feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten (artikel 296 lid 1 Fw).

De rechter-commissaris kan op verzoek van de schuldenaar of de bewindvoerder, dan wel ambtshalve bepalen dat de schuldenaar zijn ondernemersactiviteiten ten behoeve van de boedel kan voortzetten. De rechter-commissaris stelt een termijn vast waarbinnen de activiteiten kunnen worden voortgezet, die hij steeds kan verlengen. Ook kan hij voorwaarden verbinden aan de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten (artikel 311 lid 1 Fw).

Toepassingsbereik WSNP

Wat betreft het toepassingsbereik van de WSNP kan het volgende opgemerkt worden. Toelating tot de schuldsaneringsregeling is niet alleen mogelijk voor privéschulden, maar ook voor schulden die zijn gemaakt in het kader van de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf. De schuldsaneringsregeling staat daarmee dus open voor insolvente ondernemers, zoals ook de bedoeling is van de in de richtlijn voorziene kwijtscheldingsregeling (zie artikel 20 lid 1 van de richtlijn). Een schuldenaar kan in dezelfde procedure een schone lei verkrijgen voor privéschulden en voor schulden die zijn gemaakt in het kader van de uitoefening van een zelfstandig beroep of bedrijf. Dit sluit aan bij artikel 24 van de richtlijn.

De WSNP geldt – op enkele hierna genoemde uitzonderingen na – voor de vorderingen op de schuldenaar die bestaan op het moment dat hij tot de schuldsaneringsregeling wordt toegelaten. Daarnaast geldt de WSNP ook voor vorderingen op de schuldenaar die ontstaan nadat hij tot de regeling is toegelaten, maar verband houden met – kort gezegd – op de schuldenaar rustende verplichtingen die al bestonden voor de toelating. Op grond van artikel 23 lid 4 van de richtlijn kunnen lidstaten bepaalde categorieën schulden uitsluiten van de kwijtscheldingsregeling. Voor zover vorderingen van schuldeisers gedekt zijn door pand of hypotheek, zijn zij in de WSNP uitgezonderd (artikel 299 Fw). Dit geldt ook voor studie- en belastingschulden (artikelen 299a lid 1 en 301 lid 1 Fw). De reden dat studieschulden zijn uitgezonderd is dat de Wet studiefinanciering 2000 een eigen systematiek van terugbetaling kent. Tijdens de schuldsanering wordt de aflossing van de studieschuld opgeschort en is geen rente verschuldigd (artikel 299a lid 2 Fw). Een schuldeiser die een retentierecht heeft op een zaak die toebehoort aan de schuldenaar, behoudt dit recht als de schuldenaar wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling.

Verder omvat de boedel in beginsel alle goederen die de schuldenaar in eigendom heeft op het moment dat hij door de rechter wordt toegelaten tot de schuldsaneringsregeling en de goederen die hij tijdens de looptijd van die regeling verkrijgt (artikel 295 lid 1 Fw). Van het inkomen en van periodieke uitkeringen die de schuldenaar tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling ontvangt, wordt nog wel een bedrag aan leefgeld buiten de boedel gelaten. Dit bedrag is gelijk aan de beslagvrije voet, bedoeld in artikel 475d van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering (d.w.z. minimaal 90% van de bijstandsnorm) (artikel 295 lid 2 Fw). De rechter-commissaris kan het leefgeld op verzoek van de schuldenaar, de bewindvoerder dan wel ambtshalve verhogen (artikel 295 lid 3 Fw). Daarbij kan de rechter-commissaris rekening houden met financiële verplichtingen van de schuldenaar die niet ten laste van de boedel komen. Hiertoe behoren de normale kosten van het levensonderhoud. Ook kan met bijzondere uitgaven rekening worden gehouden, zoals meer dan normale kosten die de schuldenaar moet maken om zijn inkomen te verwerven (bijvoorbeeld hoge reiskosten) of de kosten in verband met ziekte of gebreken. Aan de verhoging van het leefgeld kan de rechter-commissaris voorwaarden verbinden. Verder blijft de inboedel van de

schuldenaar, bedoeld in artikel 5 van Boek 3 van het BW – voor zover deze niet bovenmatig is – ook buiten de boedel (artikel 295 lid 4, onder b, Fw). Op deze manier is geborgd de schuldenaar tijdens de looptijd van de schuldsaneringsregeling in zijn bestaansminimum kan blijven voorzien.

Kwijtscheldingstermijn en aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

De WSNP is ook in overeenstemming met artikel 21 van de richtlijn betreffende de termijn waarbinnen en de voorwaarden waaronder de ondernemer kwijtschelding van zijn schuld moet kunnen krijgen.

Kwijtscheldingstermijn

Hoofdregel is dat de schuldsaneringsregeling in beginsel een looptijd heeft van drie jaar, waarna de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld wordt verleend (artikelen 349a en 358 lid 1 Fw). Dit sluit aan bij artikel 21 lid 1 van de richtlijn. De driejaarstermijn begint te lopen op de dag waarop de rechtbank heeft besloten de schuldenaar toe te laten tot de schuldsaneringsregeling (artikel 287 lid 1 Fw).

Voor het verkrijgen van de schone lei is een beslissing nodig van de rechtbank (artikel 354 lid 1 Fw). De richtlijn laat dit toe (zie artikel 21 lid 2 van de richtlijn). Uiterlijk drie maanden voordat de driejaarstermijn afloopt, brengt de bewindvoerder een verslag uit aan de rechter-commissaris waarin hij beschrijft of en hoe de schuldenaar zich gedurende de schuldsaneringsregeling aan al zijn verplichtingen heeft gehouden (artikel 351a Fw). Vervolgens bepaalt de rechtbank uiterlijk een maand voor het einde van de driejaarstermijn de zitting waarop de beëindiging van de schuldsaneringsregeling en de vraag of de schuldenaar volledige kwijtschelding van zijn schuld behoort te krijgen, wordt behandeld (hierna: beëindigingszitting) (artikel 352 lid 1 Fw). Bij het inplannen van de beëindigingszitting zorgt de rechtbank ervoor dat nog voor de afloop van de driejaarstermijn een uitspraak kan worden gedaan over de vraag of de schuldenaar in aanmerking komt voor kwijtschelding van zijn schuld (artikel 352 lid 2 Fw).

De afwikkeling van de schuldsaneringsregeling duurt nog even voort nadat de rechtbank deze overeenkomstig artikel 354 lid Fw formeel heeft beëindigd en heeft vastgesteld of de schuldenaar een schone lei krijgt toegekend. Artikel 21 lid 3 van de richtlijn biedt lidstaten hiertoe de ruimte. Nadat de uitspraak van de rechtbank in kracht van gewijsde is gegaan, moet de bewindvoerder namelijk nog een slotuitdelingslijst opstellen (artikel 356 lid 1 Fw). Tegen de uitspraak van de rechtbank kunnen schuldeisers ook nog rechtsmiddelen inzetten (artikel 355 lid 1 Fw). Dit heeft dan automatisch als gevolg dat de slotuitdelingslijst pas later door de bewindvoerder opgesteld kan worden. Ook tegen de slotuitdelingslijst kan door de schuldeisers nog verzet worden aangetekend (artikel 349aa Fw). De schuldsanering is materieel pas geëindigd zodra de slotuitdelingslijst verbindend is (art. 356 lid 2).

Het is mogelijk dat de schuldsaneringsregeling vereenvoudigd afgewikkeld wordt. De regeling eindigt daarmee voortijdig. Deze mogelijkheid bestaat als er geen of nauwelijks opbrengst voor de schuldeisers beschikbaar is en ook niet verwacht wordt dat er later alsnog opbrengst te realiseren valt. Gedacht moet worden aan situaties waarin:
– de waarde van het actief lager is dan of gelijk aan de boedelkosten, of
– de schuldenaar niet kan werken – bijvoorbeeld vanwege arbeidsongeschiktheid – en er ook geen of nauwelijks baten voor de schuldeisers te verwachten zijn.

Ook in dat geval kan de rechtbank de schuldenaar bij de beëindiging van de schuldsaneringsregeling kwijtschelding van zijn schuld verlenen (artikel 354a lid 1 en 2 Fw).

Aan de kwijtschelding te stellen voorwaarden

De WSNP stelt een aantal voorwaarden aan toelating tot de schuldsaneringsregeling. Dit is in overeenstemming met artikel 23 leden 1 en 2 van de richtlijn. Er wordt daarmee invulling gegeven van de beleidsruimte die de richtlijn op dit punt biedt. 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). Als deze poging niet lukt, kan de schuldenaar bij de rechtbank een toelatingsverzoek indienen. De rechter laat de schuldenaar slechts toe tot de schuldsaneringsregeling als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar:

a. niet zal kunnen voortgaan met het betalen van zijn schulden;
b. in de vijf jaar die aan de indiening van zijn toelatingsverzoek vooraf gingen te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of het onbetaald laten van zijn schulden;[18] en
c. de verplichtingen uit de schuldsaneringsregeling naar behoren zal nakomen en zich tijdens het schuldsaneringstraject zal inspannen zo veel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (artikel 288 lid 1 Fw).

Om deze beoordeling te kunnen maken, is van belang dat de rechter een goed beeld heeft van de vermogens- en de inkomenspositie van de schuldenaar en van de mogelijkheden voor de schuldsanering. Gelet daarop moet het toelatingsverzoek voldoen aan een aantal inhoudelijke eisen (artikelen 285 en 287 lid 2 Fw). Ook moet de schuldenaar daarbij een door de gemeente afgegeven verklaring overleggen waaruit blijkt dat er geen reële mogelijkheden zijn om tot een buitengerechtelijke schuldregeling te komen en over welke aflossingsmogelijkheden de verzoeker beschikt (artikel 285 lid 1, onderdeel f, Fw). Indien nodig kan de rechter de schuldenaar alvast toelaten tot de schuldsaneringsregeling en daarbij tevens één of meer functionarissen benoemen die binnen een bepaalde termijn onderzoek verrichten en verslag uitbrengen over de staat van de boedel en de betrouwbaarheid van de door de schuldenaar overgelegde informatie hierover (artikel 291 Fw).

In het kader van de beslissing of de schuldenaar in aanmerking komt voor volledige kwijtschelding van zijn schuld toetst de rechter of de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren is nagekomen (artikel 354 lid 1 Fw). Dit is in overeenstemming met artikel 23 leden 1 en 2 van de richtlijn, op grond waarvan de lidstaten de kwijtschelding van schuld in bepaalde omstandigheden mogen weigeren. Als uit het verslag van de bewindvoerder blijkt dat twijfel bestaat of de schuldenaar de schuldsaneringsregeling naar behoren is nagekomen, worden de schuldenaar en de bewindvoerder door de rechtbank opgeroepen om tijdens de beëindigingszitting te worden gehoord. Ook schuldeisers kunnen zich bij de rechtbank melden en worden dan in de gelegenheid gesteld om tijdens de beëindigingszitting het woord te voeren (artikel 353 lid 2 Fw). De rechtbank beslist in haar uitspraak volgend op de beëindigingszitting of de

[18] Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om deze vijfjaarstermijn te verkorten tot drie jaar (Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2). Ook met deze wijziging blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.

schuldenaar in de nakoming van één of meer uit de schuldsanering voortvloeiende verplichtingen tekortgeschoten is en, als daarvan sprake is, of dit aan de schuldenaar kan worden toegerekend (artikel 354 lid 1 Fw). Ook als sprake is van een toerekenbare tekortkoming kan de rechtbank nog steeds besluiten om deze buiten beschouwing te laten en de schuldenaar toch kwijtschelding van zijn schuld te verlenen. Dit kan zij doen bij een tekortkoming van «*bijzondere aard of geringe betekenis*» (artikel 354 lid 2 Fw).

Afwijkingen

Tot slot voldoet de WSNP ook aan artikel 23 van de richtlijn waarin is geregeld wanneer afgeweken mag worden van de hoofdregel dat een ondernemer toegang heeft tot een procedure waarbij hij na maximaal drie jaar een kwijtschelding van schuld kan verkrijgen en opgelegde beroepsverboden na die periode vervallen. Hieronder wordt nader toegelicht op welke wijze invulling is gegeven aan de beleidsruimte die artikel 23 van de richtlijn de lidstaten biedt.

Geen toegang tot de WSNP

De rechter kan een verzoek van de schuldenaar om toegelaten te worden tot de WSNP, afwijzen als:

a. de schuldenaar in de vijf jaar voorafgaand aan de indiening van zijn toelatingsverzoek niet te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden;
b. niet aannemelijk is dat de schuldenaar de uit het WSNP-traject voortvloeiende verplichtingen naar behoren zal nakomen en zich zal inspannen zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven;
c. de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen al van toepassing is op de schuldenaar;
d. niet eerst een poging is gedaan om tot een buitengerechtelijke schuldsaneringsregeling te komen;
e. de schulden (deels) voortvloeien uit een onherroepelijke veroordeling van de schuldenaar betreffende één of meer misdrijven, waaraan hij zich schuldig heeft gemaakt in de vijf jaar[19] voorafgaand aan de indiening van het toelatingsverzoek;
f. de schuldenaar in de tien jaar voorafgaand aan de indiening van zijn toelatingsverzoek al eens eerder is toegelaten tot de schuldsaneringsregeling, tenzij de regeling toen voortijdig is geëindigd om de reden dat de schuldenaar alsnog al zijn schulden heeft kunnen voldoen of op de grond dat de schuldenaar bovenmatige schulden deed of liet ontstaan om redenen die de schuldenaar niet toe te rekenen waren (artikel 288 lid 1 en 2 Fw).[20]

In de gevallen, genoemd onder a en e, kan de rechter de schuldenaar toch toelaten tot de schuldsaneringsregeling als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar zijn situatie weer onder controle heeft gekregen. Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om de onder a en f genoemde afwijzingsgronden te versoepelen. Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere aansluiting tussen het gemeentelijk schuldhulpverleningstraject en de

[19] Als hij daartoe aanleiding ziet, kan de rechter ook een langere termijn in acht nemen.
[20] Artikel 288 lid 3 Fw verzacht de toepassing van de toelatingsgrond genoemd onder b en de afwijzingsgrond genoemd onder c, doordat daarin is bepaald dat de rechter een toelatingsverzoek alsnog kan honoreren als voldoende aannemelijk is dat de schuldenaar de omstandigheden die bepalend zijn geweest voor het ontstaan of onbetaald laten van zijn schulden, onder controle heeft gekregen. Zijn de schulden bijvoorbeeld ontstaan doordat de schuldenaar indertijd leed onder een verslaving en heeft hij die verslaving inmiddels onder controle, dan kan de schuldenaar toch worden toegelaten tot de schuldsaneringsregeling.

wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen (WSNP). Ook met deze wijziging blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.[21]

Bij de toepassing van de genoemde toelatings- en afwijzingsgronden houdt de rechter rekening met alle relevante omstandigheden (HR 27 oktober 2006, NJ 2006/586). Het gaat dan bijvoorbeeld om de aard en de omvang van de vorderingen, het tijdstip waarop de schulden zijn ontstaan, de mate waarin de schuldenaar een verwijt gemaakt kan worden dat de schulden zijn ontstaan en/of onbetaald gelaten, de inspanningen van de schuldenaar om zijn schuld te voldoen of eventuele gedragingen van de schuldenaar om verhaal door schuldeisers juist te frustreren (HR 12 mei 2000, NJ 2000/567, m.nt. PvS, HR 26 januari 2001, NJ 2001/178 en HR 24 december 2004, NJ 2005/129).

Verder kan een toelatingsverzoek niet worden geweigerd, uitsluitend omdat er onvoldoende uitzicht bestaat dat de schuldeisers gehele of gedeeltelijke betaling op hun vorderingen zullen ontvangen (artikel 288 lid 4 Fw).

Verlenging kwijtscheldingstermijn

In afwijking van de hoofdregel dat de schuldsaneringsregeling een looptijd heeft van drie jaar waarna in beginsel kwijtschelding wordt verleend, kan de rechter dan wel de rechter-commissaris op grond van artikel 349a Fw de looptijd verlengen tot vijf jaar. Dit kan zowel bij aanvang van de regeling (artikel 349a lid 1 Fw) als gedurende de termijn of zelfs bij afloop daarvan (artikel 349a lid 2 en 3 Fw). 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 naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 lid 2 en 3 van de richtlijn). In het onderhavige wetsvoorstel wordt artikel 349a lid 1 en 2 Fw daarom iets aangescherpt. Verduidelijkt wordt op welke gronden verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk is (artikel I, onderdeel LL).

Tussentijdse beëindiging van de schuldsaneringsregeling en intrekking kwijtschelding

De rechtbank kan de schuldsaneringsregeling tussentijds beëindigen zonder dat de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld wordt verleend. De rechtbank kan dit doen op voordracht van de rechter-commissaris, op verzoek van de bewindvoerder, de schuldenaar of één of meer schuldeisers, of ambtshalve en wel op basis van één of meer van de volgende limitatieve gronden:
- de vorderingen ten aanzien waarvan de schuldsaneringsregeling werkt zijn alsnog voldaan;
- de schuldenaar is in staat zijn betalingen weer te hervatten;
- de schuldenaar komt één of meer van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen niet behoorlijk na of belemmert dan wel frustreert de uitvoering van de schuldsaneringsregeling en dit is hem aan te rekenen;
- door toedoen van de schuldenaar zijn er bovenmatige schulden ontstaan;
- de schuldenaar tracht zijn schuldeisers te benadelen;

[21] Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2.

– er komen alsnog feiten en omstandigheden boven water die al bestonden ten tijde van de indiening van het toelatingsverzoek en die reden zouden zijn geweest om de schuldenaar niet tot de WSNP toe te laten;
– de schuldenaar maakt aannemelijk dat hij niet in staat is te voldoen aan de verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling (artikel 350 lid 1 en 3 Fw).

Voordat de rechtbank over de tussentijdse beëindiging beslist, roept zij de schuldenaar op. Ook de schuldeisers en de bewindvoerder kunnen voor deze zitting worden opgeroepen (artikel 350 lid 2 Fw). Vaak wordt ook de rechter-commissaris gehoord. De schuldsaneringsregeling eindigt zodra de uitspraak van de rechtbank waarbij dit wordt bepaald, in kracht van gewijsde is gegaan (artikel 350 lid 4 Fw).

Als de schuldenaar kwijtschelding van zijn schuld heeft verkregen, maar nadien blijkt dat zich voor of tijdens de schuldsaneringsregeling feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die grond zouden zijn geweest om dat traject tussentijds te beëindigen wegens een poging tot benadeling van schuldeisers, kan de rechter op verzoek van iedere belanghebbende de kwijtschelding intrekken (artikel 358a Fw). Ook nu vindt er eerst een zitting plaats voordat de rechter hierover beslist.

Van de kwijtschelding uitgezonderde schulden

Van een verleende kwijtschelding zijn uitgezonderd vorderingen die voortvloeien uit een strafrechtelijke veroordeling tot betaling van een geldboete, een geldbedrag ter ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel en een schadevergoeding ten behoeve van het slachtoffer (artikel 358 lid 4 Fw). Op grond van artikel 23 lid 4 van de richtlijn kunnen de lidstaten specifieke categorieën schulden uitsluiten van de kwijtschelding van schuld.

3.3 Maatregelen ter verhoging van de efficiënte van insolventieprocedures

Nederland kent als insolventieprocedures het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP en de in de WHOA voorziene besloten en openbare akkoordprocedure buiten faillissement. De Faillissementswet bevat verschillende bepalingen om ervoor te zorgen dat deze insolventieprocedures voortvarend verlopen, waarmee voldaan wordt aan artikel 25 van de richtlijn. Zo kent de wet korte termijnen, bijvoorbeeld voor het indienen van vorderingen door schuldeisers (vgl. artikel 127 in verbinding met artikel 108 Fw) of voor het instellen van beroep (zie onder meer de artikelen 8–12, 219, 221 en 292 Fw). Rechtsmiddelen zijn veelal uitgesloten (zie de artikelen 67, eerste lid, derde zin, 85, 282, 321, 360 en 369, tiende lid, Fw). De wet bevat verder een aantal korte beslistermijnen (zie de artikelen 69, tweede lid, 213mf, tweede lid, en 317, tweede lid, Fw op grond waarvan de rechter-commissaris binnen drie dagen beslist). Ook is regelmatig bepaald dat de rechtbank «zo spoedig mogelijk» of «met de meeste spoed» handelt (zie de artikelen 4, eerste lid, 212he, 212hgb, derde lid, 213ae, 213agb, vierde lid, 287, eerste lid en 384, eerste lid, Fw).

Met de Wet modernisering faillissementsprocedure, die op 1 januari 2019 in werking is getreden, is de efficiëntie van de faillissementsprocedure verder vergroot.[22] Als gevolg van deze wet zijn de mogelijkheden voor betrokkenen in een faillissement om digitaal te communiceren vergroot, is de termijn waarbinnen vorderingen moeten worden ingediend aangescherpt en hebben de rechter en de curator meer ruimte gekregen om

[22] *Stb.* 2018, 299.

maatwerk te leveren binnen de faillissementsprocedure. Ook maakt deze wet het mogelijk om meerdere rechters-commissarissen te benoemen in het faillissement. Deze wijziging draagt bij aan specialisatie binnen de rechterlijke macht, doordat rechters-commissarissen zich meer kunnen specialiseren in bepaalde typen faillissementen. Bovendien bevordert dit het toezicht in omvangrijke of complexe faillissementen waarbij veelal sprake is van meerdere curatoren en de rechter-commissaris in korte tijd tal van handelingen zal moet beoordelen.

Een efficiënt verloop van insolventieprocedures wordt verder bevorderd door de landelijke procesreglementen van de rechtspraak, zoals het «Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken» en het «Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken». Recofa (een landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) heeft daarnaast voor de verschillende insolventieprocedures richtlijnen ontwikkeld. Het gaat om de «Richtlijnen voor faillissementen en surseances» en de «Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen».[23] Hierdoor wordt het verloop van insolventieprocedures voor betrokkenen voorspelbaarder en kunnen geschillen hierover worden voorkomen. Als bijlagen bij deze Recofa-richtlijnen zijn verschillende modellen opgenomen, bijvoorbeeld voor de op te maken (financiële) verslagen. Ook deze modellen komen de efficiëntie van de procedures ten goede.

De deskundigheid van leden van de rechterlijke macht wordt op meerdere manieren gewaarborgd. In zijn algemeenheid geldt dat er een uitgebreide selectieprocedure is voor leden van de rechterlijke macht, waarin getoetst wordt of kandidaten over de benodigde capaciteiten beschikken. Om in aanmerking te komen voor een functie binnen de rechterlijke macht is in ieder geval een afgeronde studie rechtsgeleerdheid met zogenaamd «civiel effect» vereist met daarnaast twee jaar juridische werkervaring. Kandidaten die worden geselecteerd, volgen een opleiding die is afgestemd op hun persoonlijke situatie. Afhankelijk van de kennis en ervaring duurt deze opleiding vijftien maanden tot vier jaar. Ook na afronding van deze opleiding dienen rechters jaarlijks tijd te besteden aan verdere educatie. Specifiek voor rechters in insolventiezaken en rechters-commissarissen geldt dat het praktijk is dat zij een leergang op het terrein van het insolventierecht volgen als zij voor het eerst ingezet worden op dit terrein.

In de artikelen 26 en 27 van de richtlijn worden eisen gesteld aan de opleiding en aanstelling van functionarissen in insolventieprocedures en het toezicht op hun functioneren. Bij deze functionarissen gaat het in Nederland om curatoren in faillissement, bewindvoerders in surseance van betaling, bewindvoerders in de WSNP en herstructureringsdeskundigen en observators in de akkoordprocedures buiten faillissement. Artikel 26 van de richtlijn vereist onder meer dat:
– de voorwaarden voor de aanstelling van deze functionarissen duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn;
– deze functionarissen over de vereiste deskundigheid beschikken, en
– bij de aanstelling van een functionaris in het kader van een specifieke insolventiezaak zijn ervaring en deskundigheid en de specifieke kenmerken van de zaak voldoende in aanmerking worden genomen.

Ter implementatie van deze bepaling voegt dit wetsvoorstel voor de faillissementsprocedure een nieuw vijfde lid toe aan artikel 14 Fw. Daarin wordt bepaald dat de rechtbank een curator aanstelt die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bovendien moet de rechtbank bij de aanstelling a) rekening houden met

[23] Deze procesreglementen en richtlijnen zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator, en b) een procedure en voorwaarden hanteren die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn (zie artikel I, onderdeel A). Voor de benoeming van insolventiefunctionarissen in de overige insolventieprocedures – d.w.z. in de surseance van betaling, de WSNP en de akkoordprocedures buiten faillissement – introduceert dit wetsvoorstel vergelijkbare bepalingen (zie artikel I, onderdelen H, FF, OO en TT).
In de praktijk hanteren rechtbanken bij de aanstelling van de verschillende insolventiefunctionarissen procedures en voorwaarden die voor het grootste deel al in overeenstemming zijn met deze nieuwe bepalingen. Zo geldt voor benoeming van curatoren in faillissement en bewindvoerders in surseance dat Recofa uitgangspunten heeft geformuleerd.[24] Het gaat daarbij om landelijke uitgangspunten, waarbij niet wordt uitgesloten dat de specifieke omstandigheden in een arrondissement aanleiding geven tot afwijkingen. Op grond van deze uitgangspunten geldt dat rechtbanken bij de benoeming een lijst hanteren; alleen curatoren en bewindvoerders die op deze lijst staan, komen voor benoeming in aanmerking. In de door Recofa geformuleerde uitgangspunten zijn procedurele voorschriften en inhoudelijke voorwaarden neergelegd om op de lijst geplaatst te worden. Advocaten dienen onder meer een leergang op het terrein van het insolventierecht te hebben gevolgd en voldoende ervaring te hebben in civielrechtelijke zaken en faillissementen. Ook dienen zij te beschikken over een afdoende beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Daarnaast voert de rechtbank evaluatiegesprekken met de kantoren van de curatoren en bewindvoerders op de lijst. Daarin wordt onder meer besproken of voldoende tijd is besteed aan verdere opleiding en of de curator en/of bewindvoerder nog steeds over de benodigde deskundigheid beschikt. Ook kan de rechtbank dossieronderzoek doen om dit te toetsen. Voldoet een curator of bewindvoerder niet langer aan de eisen, dan wordt hij van de lijst geschrapt. Deze uitgangspunten zorgen er kortom voor dat rechtbanken curatoren en bewindvoerders aanstellen die adequaat zijn opgeleid en over de voor hun taken vereiste deskundigheid beschikken.
De procedure en voorwaarden die de rechtbank bij de aanstelling hanteert, dienen duidelijk, transparant en rechtvaardig te zijn. De Recofa-uitgangspunten zorgen hier ook voor. Wel is daarvoor van belang dat de Recofa-uitgangspunten landelijk gelden, ofwel dat voor betrokkenen voldoende transparant is welke specifieke afwijkingen in een bepaald arrondissement gelden en waarom deze afwijkingen gerechtvaardigd zijn. De rechtbank dient bij de aanstelling rekening te houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator. Op grond van artikel 4 van de Recofa-uitgangspunten geldt dat in faillissementen en surseances van betaling de rechtbank steeds diegene op de lijst tot curator/bewindvoerder benoemt die zij voor de betreffende zaak het meest geschikt acht. Nadere landelijke criteria voor de benoeming van curatoren en bewindvoerders in individuele zaken ontbreken nu nog. Sommige rechtbanken hebben curatoren ingedeeld in categorieën aan de hand van ervaring, opleiding en functioneren voor de toedeling van faillissementen naar zwaarte, maar dat geldt niet voor alle rechtbanken. In de Recofa-uitgangspunten zullen daarom nadere criteria worden opgenomen rond de benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak. Doel van dergelijke criteria is om, met het oog op de belangen van de verschillende betrokkenen bij een faillissement of een surseance van betaling, te waarborgen dat steeds een curator of bewindvoerder wordt benoemd die over voldoende ervaring en deskundigheid beschikt voor die specifieke zaak. Dergelijke nadere criteria

[24] De «Recofa-uitgangspunten bij de benoeming van curatoren en bewindvoerders in faillissementen en surseances van betaling», gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

geven curatoren en bewindvoerders dan ook geen aanspraak op benoeming in een bepaalde zaak. Bovendien is in beginsel niet vereist dat de rechtbank in een specifieke zaak motiveert waarom zij een bepaalde curator of bewindvoerder benoemt; voldoende is dat in zijn algemeenheid duidelijk en transparant is welke criteria de rechtbank bij de benoeming hanteert. De Raad voor de rechtspraak heeft in zijn consultatiereactie aangegeven dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen graag voor haar rekening neemt. Recofa heeft aangegeven Insolad hierbij te zullen betrekken. Naast de uitgangspunten van Recofa bevorderen ook de door de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad) opgestelde praktijkregels voor curatoren de kwaliteit van curatoren en bewindvoerders. Deze regels gelden voor de leden van Insolad. De regels weerspiegelen de opvattingen die in de praktijk onder curatoren leven ten aanzien van een adequate beroepsuitoefening.[25] Daarmee zijn deze regels ook relevant voor curatoren die geen lid zijn van Insolad.

Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures buiten faillissement bestaan er nu nog geen uitgangspunten zoals door Recofa geformuleerd voor de benoeming van curatoren en bewindvoerders. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of er alsnog uitgangspunten rond de benoeming kunnen worden ontwikkeld. De Raad voor de rechtspraak heeft in zijn consultatiereactie laten weten dat de rechtspraak hiertoe uitstekend in staat is. Insolad heeft in haar consultatiereactie overigens laten weten bezig te zijn met het ontwikkelen van gedragsregels voor haar leden, die specifiek aansluiten op de WHOA-regeling. Ook dit kan de kwaliteit van deze functionarissen bevorderen.

Omtrent de benoeming van bewindvoerders in het kader van schuldsaneringsregelingen zijn er nu wel reeds Recofa-richtlijnen.[26] Artikel 1.1 van de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen bepaalt dat enkel een in het register van de raad voor rechtsbijstand opgenomen bewindvoerder of bewindvoerderorganisatie danwel een advocaat die ervaring heeft met het insolventierecht voor benoeming als bewindvoerder in aanmerking komt. Bewindvoerders dienen volgens deze Recofa-richtlijnen voorts te beschikken over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (zie artikel 6 van de Recofa-richtlijnen). De voorwaarden voor opname in het register van de raad voor rechtsbijstand zijn neergelegd in de «Beleidsregels voor inschrijving bewindvoerders Wsnp en bewindvoerderorganisaties Wsnp in het register».[27] Onder meer geldt dat een bewindvoerder, die geen advocaat is, het diploma voor de opleiding «Bewindvoering Wsnp voor niet-advocaten» dient te hebben behaald. Zolang een bewindvoerder is ingeschreven in het register dient hij te voldoen aan de vereisten op het terrein van permanente educatie. Als niet (langer) aan de vereisten wordt voldaan, wordt de bewindvoerder uitgeschreven uit het register. De Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen bevatten een beperkt aantal richtlijnen voor de benoeming van een bewindvoerder in een specifieke zaak. Zo is bepaald dat wanneer de schuldenaar een onderneming voert of heeft gevoerd, een (advocaat-)bewindvoerder met kennis en ervaring hierin wordt benoemd en dat een bewindvoerder niet tevens beschermingsbewindvoerder van een schuldenaar kan zijn (artikel 1.1. van de Recofa-richtlijnen). Deze criteria moeten, gelet op dit wetsvoorstel, worden aangevuld. Daarbij geldt wel dat de richtlijn de lidstaten de nodige ruimte laat bij de inrichting van een systeem voor

[25] Deze praktijkregels zijn te vinden op de website van Insolad: www.insolad.nl. Uit het voorwoord blijkt dat bij de ontwikkeling aansluiting is gezocht bij wat in kringen van curatoren als de «heersende leer» geldt of bij datgene waarvoor een zo breed mogelijke basis bestond.
[26] De «Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen», gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
[27] *Stcrt.* 2015, 44924.

benoeming. Zo staat de richtlijn er niet aan in de weg staat dat een functionaris wordt geselecteerd door middel van willekeurige selectie door bijvoorbeeld een softwareprogramma, op voorwaarde dat in dat geval naar behoren rekening wordt gehouden met de ervaring en deskundigheid van de deskundige (zie overweging 88 van de considerans bij de richtlijn). Zoals reeds gezegd, heeft de Raad voor de rechtspraak in zijn consultatiereactie aangegeven dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen graag voor haar rekening neemt.

Voor het faillissement en de WSNP geldt dat als de schuldenaar of schuldeisers zich niet kunnen vinden in de benoeming van een curator of een bewindvoerder, zij op grond van respectievelijk artikel 73 en artikel 319 Fw kunnen verzoeken om zijn ontslag. In de surseance van betaling bestaat deze bevoegdheid alleen voor schuldeisers (zie artikel 224, tweede lid, Fw). Dit wetsvoorstel past deze bepaling aan, zodat ook de schuldenaar straks kan verzoeken om ontslag en vervanging van een bewindvoerder (artikel I, onderdeel N). In faillissement, surseance van betaling en WSNP is ontslag van een curator of een bewindvoerder daarnaast mogelijk op verzoek van de curator of bewindvoerder zelf of op voordracht van de rechter-commissaris. Op grond van de WHOA-regeling geldt dat de schuldenaar de gelegenheid krijgt zich uit te laten over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator (zie artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, vijfde lid, Fw). Hij heeft dus de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de selectie of aanstelling van een herstructureringsdeskundige of observator. Schuldeisers kunnen verzoeken om ontslag en vervanging van een herstructureringsdeskundige of observator (artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, dertiende lid). Ontslag is daarnaast mogelijk op verzoek van de herstructureringsdeskundige of observator zelf of ambtshalve. Deze regelingen zijn in overeenstemming met artikel 26 lid 1, onderdelen b en d van de richtlijn.

Op grond van artikel 27 van de richtlijn dienen lidstaten te voorzien in gepast toezicht op insolventiefunctionarissen. Toezicht in het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP vindt plaats door de rechter-commissaris. In ieder faillissement benoemt de rechtbank één of meer van haar leden tot rechter-commissaris (zie artikel 14, eerste lid, Fw). Uit artikel 64 Fw volgt dat de rechter-commissaris toezicht houdt op het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator. Schuldeisers, de schuldeiserscommissie en de gefailleerde kunnen op grond van artikel 69 Fw tegen handelingen van de curator bij de rechter-commissaris bezwaar maken of een bevel van de rechter-commissaris aan de curator uitlokken. De rechter-commissaris is op grond van deze artikelen bevoegd om de curator instructies te geven. Bovendien heeft de curator voor bepaalde handelingen de machtiging van de rechter-commissaris nodig, zoals voor het voeren van procedures (zie o.a. artikel 68, derde lid, Fw). Ook van belang is dat – zoals hierboven reeds is opgemerkt – een curator op voordracht van de rechter-commissaris door de rechtbank te allen tijde kan worden ontslagen (zie artikel 73 Fw). Indien de rechter-commissaris dit nodig acht in het kader van zijn toezichtstaak, kan hij ook getuigen horen of een onderzoek van deskundigen bevelen (artikel 66 Fw). De naam van de rechter-commissaris wordt gepubliceerd in de Staatscourant en in het Centraal Insolventieregister, zodat voor onder meer de schuldeisers bekend is wie het toezicht uitoefent (zie de artikelen 14 lid 3, 19 en 19a Fw).

In de WSNP vindt het toezicht op de bewindvoerder op vergelijkbare wijze plaats als op de curator in faillissement. De rechtbank benoemt een rechter-commissaris, die toezicht houdt op de vervulling door de

bewindvoerder van de door hem te verrichten taken (artikelen 287, derde lid, en 314 Fw). Ook hier hebben schuldeisers en de schuldenaar de bevoegdheid om bij de rechter-commissaris bezwaar te maken tegen handelingen van de bewindvoerder en kunnen zij een bevel aan de bewindvoerder uitlokken (artikel 317 Fw). Voor bepaalde handelingen van de bewindvoerder is een machtiging van de rechter-commissaris vereist (artikel 316, tweede lid, Fw). De bewindvoerder kan door de rechtbank worden ontslagen op voordracht van de rechter-commissaris (artikel 319 Fw).

De situatie ten aanzien van de surseance van betaling wijkt enigszins af van die bij faillissement en WSNP. Het huidige artikel 223a Fw geeft de rechtbank de bevoegdheid, maar niet de plicht, om in het kader van een surseance van betaling een van haar leden tot rechter-commissaris te benoemen. In de praktijk vindt benoeming van een rechter-commissaris steeds plaats. Dit wetsvoorstel codificeert deze praktijk en maakt het net als in het faillissement mogelijk om meerdere rechters-commissarissen te benoemen. Daarnaast wordt aan artikel 223a Fw toegevoegd dat de rechter-commissaris de bewindvoerder niet alleen adviseert, maar ook toezicht houdt op de vervulling van zijn taken (artikel I, onderdeel M). Daarmee wordt gewaarborgd dat, in overeenstemming met artikel 27 van de richtlijn, er voldoende toezicht is op het functioneren van de bewindvoerder. Als de rechter-commissaris meent dat een bewindvoerder zijn taak niet behoorlijk vervult, kan hij op grond van artikel 224, tweede lid, Fw bij de rechtbank een voordracht doen tot ontslag.

Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement geldt dat de rechtbank op grond van artikel 371, dertiende lid, Fw te allen tijde een herstructureringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, kan ontslaan en door een ander vervangen. Dit kan zowel op verzoek van één of meer schuldeisers als ambtshalve. Hetzelfde geldt voor de observator (vergelijk artikel 380, vierde lid, Fw). In de wet ligt daarmee besloten dat de rechtbank een zekere mate van toezicht uitoefent op herstructureringsdeskundigen en op observatoren. Aanleiding voor een schuldeiser om een verzoek tot ontslag te doen kan bijvoorbeeld zijn dat hij meent dat de herstructureringsdeskundige zijn taak niet doelmatig, onpartijdig of onafhankelijk uitvoert (vergelijk artikel 371, zesde lid, Fw). Ook als de rechtbank ambtshalve constateert dat de herstructureringsdeskundige zijn taken niet behoorlijk vervult, kan dit reden zijn voor ontslag. Anders dan in faillissement, de surseance van betaling en de WSNP, vindt er in het kader van een WHOA-traject geen benoeming van een rechter-commissaris plaats. Tijdens een WHOA-traject behoudt de schuldenaar steeds volledig de beschikking en het beheer over zijn vermogen. De aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator brengt hierin geen verandering. Een herstructureringsdeskundige en een observator hebben dan ook minder ingrijpende bevoegdheden dan een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance van betaling en een bewindvoerder in WSNP. De herstructureringsdeskundige kan een voorstel voor een akkoord voorbereiden en vervolgens het traject in gang zetten dat kan leiden tot de homologatie van het akkoord door de rechter (artikel 371 Fw). De observator houdt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers toezicht op de totstandkoming van het akkoord en informeert de rechtbank hierover (artikelen 379 en 380 Fw). Hierdoor volstaat in het kader van een WHOA-traject de hiervoor beschreven, minder vergaande vorm van toezicht door de rechtbank en is er, anders dan in het kader van het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP geen noodzaak voor de benoeming van een rechter-commissaris. Het hier bedoelde toezicht door de rechtbank heeft uiteraard alleen betrekking op herstructureringsdeskundigen en observatoren die door de rechtbank zijn aangesteld. Het ziet niet

op deskundigen die de schuldenaar of een andere partij zelfstandig raadpleegt in samenhang met de akkoordprocedure. Ook de eisen die de richtlijn stelt, zien alleen op deskundigen die door een rechterlijke of een administratieve instantie zijn aangesteld (zie artikel 26 lid 1, onder a, van de richtlijn). Om ervoor te zorgen dat bij de betrokkenen bij de akkoordprocedure voldoende bekend is dat de rechtbank dit toezicht uitoefent, zal hieraan aandacht dienen te worden besteed in de door Recofa te ontwikkelen uitgangspunten rond de aanstelling van herstructureringsdeskundigen en observatoren.

Insolventiefunctionarissen kunnen op verschillende manieren ter verantwoording worden geroepen als zij hun taken niet naar behoren hebben vervuld. Voor de curator in faillissement, de bewindvoerder in surseance, de bewindvoerder in WSNP en de herstructureringsdeskundige en de observator in de WHOA-akkoordprocedures geldt dat zij aansprakelijk zijn, indien zij niet hebben gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator, bewindvoerder, herstructureringsdeskundige respectievelijk observator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht (zie HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou) en artikel 371, elfde lid, in verbinding met artikel 380, vierde lid, Fw). Wat hoort bij een behoorlijke taakuitoefening kan onder meer worden afgeleid uit de verschillende door Recofa ontwikkelde richtlijnen en de eerdere genoemde praktijkregels voor curatoren die Insolad heeft ontwikkeld.[28] Zoals hierboven reeds is vermeld, kunnen curatoren in faillissement en bewindvoerders in surseance voorts worden geschrapt van de lijst met curatoren of bewindvoerders als zij hun taken niet behoorlijk vervullen. In gesprek met Recofa zal worden bekeken of er ook bepaalde uitgangspunten kunnen worden ontwikkeld voor de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator in een akkoordprocedure buiten faillissement. De Raad voor de rechtspraak heeft, als gezegd, in zijn consultatiereactie laten weten dat de rechtspraak hiertoe uitstekend in staat is. Bewindvoerders in WSNP kunnen worden verwijderd uit het register van de raad voor rechtsbijstand. Insolad voorziet bovendien in toezicht op de naleving van de door haar ontwikkelde praktijkregels voor curatoren die gelden voor haar leden. Belanghebbenden die menen dat een curator in faillissement of bewindvoerder in surseance zich niet in overeenstemming met deze praktijkregels heeft gedragen, kunnen een verzoek tot toetsing indienen bij de Toetsingscommissie Insolad. Ook het bestuur van Insolad kan een dergelijk verzoek doen. De Toetsingscommissie beoordeelt of de gedragingen van de curator of bewindvoerder blijk geven van voldoende integriteit, objectiviteit, onafhankelijkheid, zorgvuldigheid, vakkundigheid, doelmatigheid en respect jegens betrokkenen.[29]

De richtlijn brengt mee dat het belang van een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures ook tot uitdrukking dient te komen in de regels die gelden voor de vergoeding voor insolventiefunctionarissen. In zowel het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP als de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures stelt de rechtbank het salaris van de curator, de bewindvoerder, de herstructureringsdeskundige en de observator vast (zie de artikelen 71, 250, 320, en 371, tiende lid, in verbinding met 380, vierde lid, Fw). Voor de WSNP hanteert de rechtbank hiertoe de vergoedingssystematiek zoals neergelegd in het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering. Deze vergoeding bestaat uit een looptijdafhankelijk en een looptijdonafhankelijk deel. De rechtbank kan in afwijking hiervan in bijzondere omstandigheden het salaris hoger

[28] Deze praktijkregels zijn te vinden op de website van Insolad: www.insolad.nl
[29] Zie het Reglement Toetsingscommissie Insolad, te vinden op www.insolad.nl.

vaststellen indien de omvang of de ingewikkeldheid van de door de bewindvoerder verrichte werkzaamheden dat rechtvaardigt. De rechtbank kan op deze grond het salaris ook juist verlagen, als de bewindvoerder slechts weinig werkzaamheden heeft verricht. In de Recofa-richtlijnen voor schuldsaneringsregelingen is nader uitgewerkt wanneer de rechtbank op deze grond een hogere of lagere vergoeding toekent. Het salaris is niet afhankelijk van de omvang van de boedel. Is deze ontoereikend om het salaris te voldoen, dan kan de bewindvoerder een subsidie van de raad voor rechtsbijstand aanvragen.

Voor het faillissement, de surseance van betaling en de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures legt dit wetsvoorstel vast dat de rechter het salaris van de verschillende insolventiedeskundigen dient vast te stellen aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de procedure tot uitdrukking komt (zie artikel I, onderdelen B, C, E, I, S en OO). In de praktijk hanteren rechtbanken in het kader van het faillissement en de surseance van betaling al dergelijke uitgangspunten. De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bevatten bepalingen omtrent de vaststelling van het salaris van de curator of de bewindvoerder (zie artikel 6 van deze richtlijnen). Het salaris wordt vastgesteld aan de hand van het aantal gewerkte uren. De Recofa-richtlijnen stellen eisen aan de tijdregistratie, zodat deze registratie door de rechtbank kan worden getoetst. Het uurtarief dat wordt vergoed, is afhankelijk van de ervaring van de curator of bewindvoerder. De Recofa-richtlijnen bevatten regels om dit uurtarief vast te stellen. De rechter-commissaris kan in bijzondere gevallen op verzoek een afwijkend uurtarief toekennen, bijvoorbeeld vanwege de omvang, complexiteit of maatschappelijke impact van een faillissement. Als kantoorgenoten van de curator of de bewindvoerder werkzaamheden in het faillissement of de surseance van betaling verrichten, dient het voor hen geldende uurtarief te worden gedeclareerd. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat medewerkers die geen advocaat zijn, voor bepaalde taken worden ingezet. Het uurtarief van dergelijke medewerkers ligt, afhankelijk van hun ervaring, volgens de richtlijnen op 0,4 tot 0,6 van het basisuurtarief voor een advocaat. De Recofa-richtlijnen bepalen dat de curator de werkzaamheden in het faillissement, met inachtneming van de moeilijkheidsgraad daarvan, zodanig dient te verdelen over hemzelf, zijn kantoorgenoten en de faillissementsmedewerkers dat deze werkzaamheden tegen het laagst mogelijke uurtarief worden verricht. De curator of bewindvoerder mag enkel anderen dan kantoorgenoten inschakelen nadat hij hiervoor toestemming heeft gekregen van de rechter-commissaris. De regels die de rechtbanken in de praktijk hanteren, zijn kortom gericht op een efficiënt verloop van faillissementen en surseances van betaling en sluiten daarmee dus goed aan bij artikel 27 van de richtlijn.

In de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures geldt dat de rechtbank op voorhand een bedrag vaststelt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige of de observator ten hoogste mogen kosten. Blijkt dit bedrag gedurende het proces niet toereikend, dan kan de herstructureringsdeskundige of de observator verzoeken om verhoging hiervan (zie artikel 371, tiende lid, in verbinding met artikel 380, vierde lid, Fw). De herstructureringsdeskundige of de observator zal dan wel moeten onderbouwen waarom het bedrag niet toereikend is. Ook hiermee wordt een efficiënte afwikkeling van het traject bevorderd. Nadere regels over de vaststelling van het salaris van de herstructureringsdeskundige en de observator ontbreken nu echter nog. Recofa zou ook hiervoor richtlijnen kunnen vaststellen. Hierover zal met Recofa worden gesproken.

Artikel 27 lid 4 van de richtlijn vereist dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over vergoeding van insolventiefunctionarissen te beslechten. In de eerste plaats zullen insolventiefunctionarissen zelf gebruik moeten kunnen maken van een dergelijke procedure, nu hun belangen rechtstreeks zijn betrokken bij de salarisvaststelling. Op grond van bestaande jurisprudentie geldt reeds dat de rechtbank de curator dient te horen wanneer de curator een salarisvoorstel heeft gedaan waarmee de rechter-commissaris niet instemt. Hetzelfde geldt wanneer de rechter-commissaris geen bezwaar heeft tegen het salarisvoorstel, maar de rechtbank aanleiding ziet daarvan ten nadele van de curator af te wijken.[30] Om wettelijk te waarborgen dat er voor de curator en de bewindvoerder een «geschikte procedure» voorhanden is, codificeert dit wetsvoorstel deze rechtspraak voor het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP in respectievelijk de artikelen 71, 250 en 320 Fw (artikel I, onderdelen E, S en JJ). Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures is al door middel van artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw wettelijk geregeld dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige in de gelegenheid dient te stellen om zijn zienswijze te geven over de vaststelling van zijn salaris. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt hetzelfde voor de salarisvaststelling van de observator.

Gelet op de plaatsing van artikel 27 lid 4 in titel IV van de richtlijn («Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld»), moet deze bepaling begrepen worden vanuit de doelstelling van de richtlijn om een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures te bevorderen. Aangenomen moet daarom worden dat deze «geschikte procedures» ook beschikbaar moeten zijn voor de schuldenaar en, in het geval van vereffeningsprocedures zoals het faillissement en de WSNP, voor de schuldeisers. Zij hebben er immers met name belang bij dat de procedure efficiënt verloopt en dat de insolventiefunctionaris geen onnodige kosten maakt. Daarbij geldt dat een procedure vooral «geschikt» is in de zin van de richtlijn, als hiermee daadwerkelijk kan worden bevorderd dat de insolventiefunctionaris efficiënt handelt en onnodige kosten vermijdt. Dit is met name het geval als de schuldenaar en, in geval van het faillissement en de WSNP, de schuldeisers, in een vroeg stadium invloed kunnen uitoefenen op de handelwijze van de insolventiefunctionaris. Dan hebben zij immers nog de mogelijkheid om te voorkomen dat de insolventiefunctionaris de kosten onnodig laat oplopen. In het kader van het faillissement en de WSNP kunnen de schuldenaar en de schuldeisers op grond van de artikelen 69 en 317 Fw, door het indienen van een verzoek, tegen elke handeling van de curator of de bewindvoerder bij de rechter-commissaris opkomen of van deze een bevel uitlokken dat de curator of bewindvoerder een bepaalde handeling zal verrichten of een voorgenomen handeling zal nalaten. Daarmee is er voor de schuldeisers en de schuldenaar een geschikte procedure voorhanden waarmee zij kunnen aansturen op een efficiënte wijze van behandeling van het faillissement of de schuldsanering tegen zo laag mogelijke kosten. In de surseance van betaling en de WHOA-regeling mist een met de artikelen 69 en 317 Fw vergelijkbare bepaling. Voor de surseance geldt echter dat dat de bewindvoerder op grond van artikel 215, tweede lid, Fw, *samen* met de schuldenaar het beheer over diens zaken voert. De bewindvoerder is niet bevoegd om zelfstandig te handelen, maar zal moeten samenwerken met de schuldenaar. De schuldenaar heeft daarmee de mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte handelwijze. Hij kan handelingen van de bewindvoerder tegenhouden door instemming hiermee te weigeren en zo voorkomen dat de bewindvoerder onnodige kosten maakt. Ontstaan er

[30] HR 12 november 1999, *NJ* 2000/52 m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.2.

conflicten tussen de schuldenaar en de bewindvoerder over het beheer van de boedel, dan kunnen zij de rechter hierbij betrekken. De schuldenaar kan dit doen door te verzoeken om het ontslag en de vervanging van de bewindvoerder; deze bevoegdheid wordt hem door dit wetsvoorstel toegekend (zie artikel I, onderdeel N). De bewindvoerder kan op grond van artikel 242, eerste lid, onder 4° Fw, verzoeken om de intrekking van de surseance van betaling. De schuldenaar wordt ten aanzien van dit verzoek gehoord of behoorlijk opgeroepen (artikel 242, derde lid, Fw). Daarmee bestaan er in de surseance van betaling voor de schuldenaar «geschikte procedures» in de zin van artikel 27 lid 4 van de richtlijn. Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures blijkt uit artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw dat de rechtbank de schuldenaar in de gelegenheid stelt om zijn zienswijze te geven over de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Nu de rechtbank op voorhand een bedrag vaststelt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige ten hoogste mogen kosten, heeft de schuldenaar al bij aanvang van het traject de mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte handelwijze van de herstructureringsdeskundige. Blijkt dit bedrag gedurende het proces niet toereikend, dan kan de herstructureringsdeskundige verzoeken om verhoging hiervan, waarbij de schuldenaar opnieuw de gelegenheid krijgt een zienswijze te geven. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt een en ander ook voor de salarisvaststelling van de observator. De schuldeisers worden op grond van de WHOA-regeling niet gehoord ten aanzien van de salarisvaststelling, op de schuldeisers die het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige hebben gedaan na. Dit is op grond van de richtlijn ook niet nodig, nu de kosten van de herstructureringsdeskundige in de regel door de schuldenaar worden gedragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Onder omstandigheden is het echter mogelijk dat niet de schuldenaar, maar de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Dit is aan de orde als sprake is van een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige dat door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. In een dergelijk geval zal uit het verzoekschrift van deze steun moeten blijken, zodat de rechter kan vaststellen of aan deze voorwaarde is voldaan. Dit wetsvoorstel verduidelijkt nu dat de verzoeker in zijn verzoek bovendien het bedrag vermeldt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich bovendien uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Hij dient zich in het verzoek eveneens uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen. Daarmee bestaat er voor de schuldeisers voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling van het traject tegen reële kosten. Zij zullen immers enkel bereid zijn het verzoek te steunen als zij zich ook kunnen vinden in de daar voorgestelde regeling ten aanzien van de kosten. Verzoekt de herstructureringsdeskundige gedurende het proces om verhoging van het bedrag dat zijn werkzaamheden ten hoogste mogen kosten, dan geldt op grond van het huidige recht dat de rechtbank degene die om de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige heeft verzocht, in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven (artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw). De rechtbank zal het verzoek in beginsel enkel kunnen toewijzen als uit deze zienswijze blijkt dat de schuldeisers ook bereid zijn deze extra kosten te dragen. Ook gedurende het traject hebben de schuldeisers daarmee voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënt verloop van het traject.

Artikel 28 van de richtlijn bepaalt dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de daarin genoemde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Zoals in paragraaf 1 van deze toelichting is

opgemerkt, krijgen de lidstaten langer de tijd om aan deze verplichting te voldoen. Een groot deel van de in artikel 28 van de richtlijn genoemde handelingen zijn nu al via elektronische weg mogelijk. Dit geldt ten eerste voor de indiening van vorderingen (artikel 28 onderdeel a van de richtlijn). Op grond van artikel 110, eerste lid, Fw dient in het geval van de faillissementsprocedure een schuldeiser zijn vordering bij de curator in te dienen en daarbij ook een rekening of een andere schriftelijke verklaring te overleggen, waaruit de aard en de hoogte van het bedrag van de vordering blijkt. Bovendien moeten er bewijsstukken of een afschrift daarvan worden overgelegd en moet kenbaar gemaakt worden of een beroep wordt gedaan op een voorrecht, dan wel een pand-, hypotheek- of retentierecht. Deze bepaling is van overeenkomstige toepassing in de WSNP (zie artikel 328, eerste lid, Fw) en een vergelijkbare bepaling geldt in het kader van de surseance van betaling (artikel 257, eerste lid, Fw). Nu een «schriftelijke verklaring» mede een elektronische verklaring omvat, staat de wet daarmee indiening van vorderingen met behulp van elektronische communicatiemiddelen toe. In de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures hoeven schuldeisers hun vorderingen niet zelf in te dienen. Wel geldt dat als een schuldenaar of een herstructureringsdeskundige een akkoord aanbiedt, de schuldeisers nadere informatie over het akkoord moeten kunnen verkrijgen (artikel 375, eerste lid, onderdeel j, Fw). Ook moet een schuldeiser die meent dat zijn vordering ten onrechte niet of voor een te laag bedrag is opgenomen in het akkoord, de mogelijkheid krijgen om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige te verzoeken zijn vordering alsnog of voor een hoger bedrag in het akkoord op te nemen (vgl. de artikelen 383, negende lid, 378, eerste lid, onder c, en vierde lid, Fw). De WHOA-regeling bevat geen beperkingen ten aanzien van de wijze waarop schuldeisers contact kunnen opnemen met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige en staat daarmee communicatie via elektronische weg toe. Om de mogelijkheid tot elektronische communicatie verder te ondersteunen, regelt dit wetvoorstel dat de schuldenaar in het akkoord een elektronisch postadres dient te vermelden waarop hij bereikbaar is. Is er een herstructureringsdeskundige aangesteld en legt hij het akkoord voor aan de schuldeisers en aandeelhouders, dan dient zijn elektronische postadres in het akkoord vermeld te worden (artikel I, onderdeel QQ).

Ook kennisgeving aan schuldeisers (artikel 28, onderdeel c van de richtlijn[31]) is in veel gevallen al via elektronische weg mogelijk. De reeds genoemde Wet modernisering faillissementsprocedure[32] heeft voor de faillissementsprocedure in verschillende bepalingen de woorden «bij brieven» vervangen door het woord «schriftelijk». Daarmee is verduidelijkt dat de curator in een faillissement berichten aan schuldeisers ook op andere wijze dan «op papier» kan versturen, bijvoorbeeld per e-mail. Dit wetsvoorstel trekt deze terminologische aanpassing door naar de surseance van betaling en de WSNP, zodat ook daar vast komt te staan dat de bewindvoerder de mogelijkheid heeft om berichten aan schuldeisers met behulp van elektronische communicatiemiddelen te versturen (zie artikel I, onderdelen U, CC en KK). Kennisgeving aan schuldeisers vindt daarnaast plaats door publicatie in de *Staatscourant* en/of het Centraal Insolventieregister (zie onder meer de artikelen 14, derde en vierde lid, 19, 216, 222b, 293, eerste lid, 294a en 370, vierde lid, Fw), die online te raadplegen zijn. De Wet modernisering faillissementsprocedure heeft voor de faillissementsprocedure een grondslag in de wet geïntroduceerd zodat bij lagere regelgeving stukken kunnen worden aangewezen die in het

[31] In de Nederlandse taalversie van de richtlijn wordt per abuis gesproken over «kennisgeving aan schuldenaren» in plaats van «kennisgeving aan schuldeisers». Vgl. de Engelse versie: «notifications to creditors».

[32] *Stb.* 2018, 299.

centrale register moeten worden geplaatst (zie artikel 19, eerste lid, onderdeel 8°). Ook is de mogelijkheid gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur beschikkingen van de rechter-commissaris en de rechtbank aan te wijzen die standaard in worden geschreven in het faillissementsregister (zie artikel 67, derde lid, Fw). Deze maatregelen hadden als doel om de toegankelijkheid tot informatie voor schuldeisers te verbeteren, door alle relevante informatie zoveel mogelijk op één – digitaal toegankelijke – plek beschikbaar te stellen, namelijk in het Centrale Insolventieregister dat online te raadplegen valt.[33] Om deze reden creëert dit wetsvoorstel vergelijkbare grondslagen voor de surseance van betaling en de WSNP (zie artikel I, onderdelen K, GG en II). Daarmee bestaat straks ook voor deze procedures de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur stukken aan te wijzen die in de insolventieregisters worden opgenomen, mocht daar behoefte aan blijken te bestaan. Eventuele opname van stukken in de insolventieregisters vindt plaats in afstemming met de Raad voor de rechtspraak.
De Faillissementswet kent ten slotte enkele bepalingen op grond waarvan de griffier (bepaalde) schuldeisers ergens van in kennis dient te stellen of hen dient op te roepen voor een zitting (zie bijvoorbeeld de artikelen 120, tweede lid, 124, eerste lid, 185, eerste lid, 215, tweede lid, 246, 247 en 287a, derde lid, Fw). Ook hier brengt artikel 28, onderdeel c van de richtlijn, mee dat de griffier daarbij de mogelijkheid moet hebben om gebruik te maken van elektronische communicatiemiddelen. Met artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering bestaat reeds een wettelijke grondslag om de communicatie met de gerechten via elektronische weg te kunnen laten verlopen. Deze bepaling is ook van toepassing in insolventieprocedures.[34] Op grond van deze bepaling kunnen verzoeken en mededelingen elektronisch worden gedaan als aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Ten eerste dient van deze mogelijkheid voor het desbetreffende gerecht te blijken uit een voor dat gerecht vastgesteld procesreglement. In dit reglement moet een digitaal systeem voor gegevensverwerking zijn aangewezen dat voldoet aan de vereisten neergelegd in het Besluit elektronisch procederen.[35] Een gerecht kan een verzoek of mededeling alleen elektronisch verzenden indien de geadresseerde kenbaar heeft gemaakt dat hij daarvoor langs deze weg bereikbaar is. Op dit moment voorzien de verschillende procesreglementen in insolventiezaken niet in de mogelijkheid tot berichtgeving aan schuldeisers via een digitaal systeem voor gegevensverwerking dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. In overleg met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken op welke wijze in deze mogelijkheid kan worden voorzien, om daarmee te voldoen aan artikel 28, onderdeel c van de richtlijn.

Ingevolge artikel 28, onderdeel b van de richtlijn moet het indienen van herstructurerings- of terugbetalingsplannen met gebruik van elektronische communicatiemiddelen kunnen geschieden. Deze bepaling ziet zowel op het ter stemming voorleggen van het plan aan de betrokken partijen, als op het indienen van het akkoord bij het gerecht met het oog op de homologatie. Op dit moment bestaan er voor een schuldenaar verschillende mogelijkheden tot het indienen van een herstructurerings- of terugbetalingsplan.
Ten eerste geldt in het kader van de WSNP dat de schuldenaar vóór indiening van een verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling, een schuldregeling aan zijn schuldeisers kan aanbieden. Hiervoor gelden geen vormvoorschriften, zodat hij dit ook via elektronische weg kan doen. Weigeren één of meer schuldeisers met de schuldregeling in te

[33] Kamerstukken II 2016/17, 37 740, nr. 3, p. 5–6.
[34] Zie Kamerstukken II 2006/07, 30 815, nr. 3, p. 15.
[35] Besluit elektronisch procederen, *Stb.* 2020, 410.

stemmen, dan kan de schuldenaar de rechtbank in zijn verzoekschrift tot toepassing van de schuldsaneringsregeling verzoeken deze schuldeiser(s) te bevelen hiermee in te stemmen (zie artikel 287a, eerste lid, Fw). Om het voor de schuldenaar mogelijk te maken om dit verzoekschrift met behulp van een elektronisch communicatiemiddel in te dienen, is op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering nodig dat het toepasselijke procesreglement in deze mogelijkheid voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Op dit moment voorziet het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken[36] nog niet in deze mogelijkheid.
Daarnaast kan de schuldenaar in het kader van het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP een akkoord aan zijn schuldeisers aanbieden door dit ter griffie van de rechtbank neer te leggen (zie de artikelen 139, eerste lid, 253, eerste lid, en 329, tweede lid, Fw). Tijdens een vergadering van schuldeisers wordt vervolgens over het akkoord gestemd (zie de artikelen 139, eerste lid, 255, eerste lid, en 329, vierde lid, Fw). Indien het akkoord wordt aangenomen of vastgesteld, bepaalt de rechter-commissaris de zitting, waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen (zie de artikelen 150, eerste lid, 269b, eerste lid, 335, eerste lid, Fw). Om het voor de schuldenaar mogelijk te maken om het akkoord ter griffie neer te leggen met behulp van een elektronisch communicatiemiddel (zonder dat hij daarna alsnog een papieren versie van het akkoord moet nasturen), is op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering ook hier vereist dat het procesreglement in deze mogelijkheid voorziet. Dit is nog niet het geval.
Ten slotte bieden de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures een schuldenaar de mogelijkheid om buiten faillissement een akkoord aan zijn schuldeisers en aandeelhouders aan te bieden. Artikel 381, eerste lid, Fw bepaalt dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige zo die is aangewezen, het akkoord gedurende een redelijke termijn voor het plaatsvinden van de stemming voorlegt aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders of hen bericht hoe zij daarvan kennis kunnen nemen. Deze bepaling bevat geen vormvoorschriften ten aanzien van de wijze waarop het akkoord dient te worden voorgelegd aan deze partijen. De schuldenaar mag daarmee zelf bepalen op welke wijze hij de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders informeert. De schuldenaar kan er onder meer voor kiezen het akkoord en de bijbehorende stukken via elektronische weg toe te sturen. Ook kan hij bijvoorbeeld het akkoord met de bijbehorende stukken op een voor de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders toegankelijke website plaatsen en de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hiervan een (elektronische) aankondiging sturen.[37] Als uit de stemming blijkt dat er ten minste één klasse is die met het akkoord heeft ingestemd, kan de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige de rechtbank schriftelijk verzoeken om de homologatie van het akkoord (zie artikel 383, eerste lid, Fw). Op dit moment voorziet het Landelijk procesreglement WHOA zaken rechtbanken[38] nog niet in de mogelijkheid om dit verzoekschrift met behulp van een elektronisch communicatiemiddel in te dienen.[39]
Voor de hierboven besproken gevallen is het dus nodig dat in de toepasselijke procesreglementen wordt voorzien in de mogelijkheid tot het via elektronische weg indienen van verzoeken en het ter griffie neerleggen van stukken. Daarbij moet een digitaal systeem voor gegevensverwerking worden aangewezen dat voldoet aan de vereisten

---

[36] Dit procesreglement is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
[37] Vgl. Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 61.
[38] Dit procesreglement is gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
[39] Zie wel artikel 1.4 van dit procesreglement. Deze mogelijkheid is echter beperkt tot «door de rechtbank bepaalde zaken».

van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd.

Op grond van artikel 28, onderdeel d van de richtlijn dienen in insolventieprocedures het aantekenen van bezwaar en beroep met behulp van een elektronische communicatiemiddel mogelijk te zijn. In de Faillissementswet is aan partijen in meerdere gevallen het recht toegekend om een rechtsmiddel aan te wenden tegen een beslissing van de rechter in een insolventieprocedure. Voor het instellen van cassatie geldt dat dit reeds via elektronische weg geschiedt. Sinds 1 april 2021 wordt bij de Hoge Raad in verzoekzaken verplicht digitaal geprocedeerd.[40] Aanwending van verzet en hoger beroep geschiedt door indiening van een verzoekschrift bij het bevoegde gerecht. Hier geldt op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering dat dit alleen via elektronische weg kan als deze mogelijkheid blijkt uit het toepasselijke procesreglement. In het procesreglement moet een digitaal systeem voor gegevensverwerking zijn aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Op dit moment voorzien de toepasselijke procesreglementen nog niet in deze mogelijkheid. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe hierin kan worden voorzien.

3.4 Monitoring van insolventieprocedures

In artikel 29 van de richtlijn is bepaald dat de lidstaten de Europese Commissie informatie moeten verstrekken over in Nederland uitgesproken insolventieprocedures. Over de praktische uitvoering van deze verplichting zullen afspraken worden gemaakt met de rechtspraak.

3.5 Overige onderdelen van de richtlijn

Vroegtijdige waarschuwing (artikel 3 Richtlijn)

Op grond van artikel 3 van de richtlijn dienen lidstaten ervoor te zorgen dat er één of meer instrumenten beschikbaar zijn gericht op vroegtijdige waarschuwing voor insolventie. Het kan bij dergelijke instrumenten volgens de richtlijn onder meer gaan om adviesdiensten van overheids- of particuliere organisaties. In Nederland bestaan reeds verschillende instrumenten die als doel hebben ondernemingen tijdig bij te staan om insolventie te voorkomen. Zo is bij de Kamer van Koophandel (KvK) een informatieloket ingericht waar ondernemers en ondernemingen informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen. Ook op de website van de KvK is informatie te vinden voor bedrijven met financiële moeilijkheden. Zij kunnen een «Zwaar weer routewijzer» volgen die hen helpt te bepalen welke stappen zij het beste kunnen ondernemen.[41] Deze informatie is in de eerste plaats gericht op ondernemers en ondernemingen zelf, maar kan uiteraard ook geraadpleegd worden door andere betrokkenen, zoals leden van de ondernemingsraad. Daarnaast hebben MKB-ondernemingen onder meer de mogelijkheid om via de Stichting Ondernemersklankbord (hierna: OKB) persoonlijke begeleiding te krijgen in een traject van een half jaar. De begeleiding wordt geboden door vrijwilligers die zelf ervaring hebben met ondernemen of beschikken over specialistische kennis. Een MKB-ondernemer kan met verschillende typen vragen bij OKB terecht, onder meer als hij een onderneming wil starten, maar ook als hij financiële problemen heeft. Er is een speciaal begeleidingstraject voor ondernemers en ondernemingen die faillissement willen voorkomen. Om

[40] Per 1 april 2021 is de KEI-wetgeving voor verzoekzaken bij de Hoge Raad in werking getreden. Zie het Besluit van 4 februari 2021, *Stb.* 2021, 81.
[41] https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/zwaar-weer/

in aanmerking te komen voor een traject dient de onderneming een donatie aan OKB te doen van minimaal € 150. Ondernemingen kunnen via de website van OKB een begeleidingstraject aanvragen. Ook houdt OKB spreekuren. OKB is in heel Nederland actief.[42]

Vanaf januari 2021 is deze dienstverlening van de KvK en OKB uitgebreid met extra ondersteuning voor ondernemers en ondernemingen die gebruik willen maken van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures. Dit sluit aan bij de motie Van Dam & Van Gent, waarin de regering wordt opgeroepen een plan op te stellen voor kennisuitwisseling over de WHOA-regeling, zodat de wet snel hanteerbaar wordt voor MKB'ers.[43] Tijdens het wetgevingsoverleg met de Tweede Kamer van 11 mei 2020 over de WHOA heeft de Minister voor Rechtsbescherming aangegeven hieraan graag gevolg te willen geven. Inmiddels heeft hij samen met de Minister van Economische Zaken en Klimaat zorg gedragen voor flankerend beleid om ondernemingen te helpen bij de inzet van de WHOA-regeling.[44] Het gaat bij deze dienstverlening van de KvK en OKB bijvoorbeeld om advies en doorverwijzing maar ook om ondersteunende online content en tools, zoals een WHOA-routekaart en een stappenplan voor de ondernemer over het gebruik en de mogelijkheden van de WHOA. Daarnaast is er een Time Out Arrangement (TOA)-krediet via Qredits beschikbaar gesteld om mkb-bedrijven in staat te stellen een doorstart vanuit een WHOA-traject te maken.[45]

Artikel 3 lid 5 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten aan werknemersvertegenwoordigers steun kunnen verstrekken bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar. Het huidige recht bevat verschillende voorzieningen die als doel hebben ondernemingsraden in staat te stellen om de economische situatie van de schuldenaar te beoordelen. Op grond van artikel 31a lid 1 van de Wet op de ondernemingsraden (hierna: WOR) geldt dat de ondernemer, mede ten behoeve van de bespreking van de algemene gang van zaken van de onderneming, ten minste tweemaal per jaar aan de ondernemingsraad mondeling of schriftelijk algemene gegevens dient te verstrekken omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvak. Ook moet de ondernemer ten minste tweemaal per jaar aan de ondernemingsraad mondeling of schriftelijk mededeling doen omtrent zijn verwachtingen ten aanzien van de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het komende tijdvak (artikel 31a lid 6 WOR). Daarnaast is de ondernemer verplicht zo spoedig mogelijk na de vaststelling van zijn jaarrekening een exemplaar van de jaarrekening te verstrekken aan de ondernemingsraad, of, als het een ondernemer betreft op wie het jaarrekeningenrecht niet van toepassing is, vervangende financiële informatie (artikel 31 a, leden 2–5 WOR). De ondernemingsraad heeft bovendien de mogelijkheid om nadere informatie van de ondernemer te vragen, als hij deze nodig heeft voor de vervulling van zijn taak. Op basis van artikel 31, eerste lid, WOR is de ondernemer verplicht om de ondernemingsraad desgevraagd tijdig alle inlichtingen en gegevens te verstrekken die deze voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijze nodig heeft. Van deze mogelijkheid kan de ondernemingsraad bijvoorbeeld gebruik maken als hij overweegt een akkoordprocedure te initiëren, door op grond van artikel 371, eerste lid, Fw, te verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Hiervoor is nodig dat de schuldenaar verkeert in een toestand waarin het redelijkerwijs aannemelijk is dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (artikel

[42] Zie https://www.ondernemersklankbord.nl/
[43] Motie Van Dam & Van Gent, Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 20.
[44] Kamerstukken I 2020/21, 35 420, R, p. 13 – 14.
[45] Kamerstukken II 2020/21, 35 420, nr. 365, p. 7. Zie ook https://qredits.nl/toa-krediet/.

371, derde lid, in verbinding met artikel 370, eerste lid, Fw). Het is mogelijk dat de ondernemingsraad op grond van artikel 31, eerste lid, WOR om nadere informatie verzoekt om te kunnen beoordelen of van deze toestand sprake is. Ook uit andere bron dan van de ondernemer zelf kan de ondernemingsraad signalen krijgen dat het niet goed gaat met het bedrijf. Op de werkvloer zullen een teruglopende hoeveelheid werk of klachten over niet betaalde facturen immers op kunnen vallen. Dit kan dan weer aanleiding zijn voor de ondernemingsraad om op basis van artikel 31 lid 1 van de WOR nadere vragen aan de ondernemer te stellen. Gelet op de verschillende mogelijkheden die de ondernemingsraad al heeft, is er geen aanleiding om nadere voorzieningen te treffen om de ondernemingsraad in staat te stellen de economische positie van de schuldenaar te beoordelen.

4. Consultatie en advies[46]

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is van 2 april tot 3 mei 2021 in internetconsultatie gegeven.[47] Daarop zijn reacties ontvangen van Insolad, de Vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten (Jira), de Nederlandse orde van advocaten (NOvA), FNV, CNV en VCP (de vakcentrales), ONL voor Ondernemers (ONL), de Nederlandse vereniging van Banken (NVB), KienhuisHoving advocaten en notarissen (KienhuisHoving) en Allen & Overy. Buiten de internetconsultatie is een reactie ontvangen van de Raad voor de rechtspraak. Het voorstel is daarnaast besproken in de Commissie insolventierecht en de Commissie Vennootschapsrecht. Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) heeft het dossier niet geselecteerd voor een formeel advies, omdat deze wet één-op-één implementatie van Europese regelgeving betreft en daar waar de richtlijn ruimte biedt voor nationale beleidsruimte, hiervan geen gebruik is gemaakt om nieuwe regelgeving te introduceren (zie de transponeringstabel die is opgenomen in de bijlage bij deze toelichting). Er heeft geen MKB-toets plaats gevonden, nu bij de start van het traject geen substantiële regeldrukeffecten voor het MKB werden verwacht. Zie over de regeldrukeffecten van dit wetsvoorstel nader paragraaf 5.
Naast steun voor het voorontwerp, bevatten de reacties ook verschillende suggesties tot verbetering van de regeling, dan wel de toelichting daarop. Hierna worden eerst de reacties van de Commissie Insolventierecht en de Commissie Vennootschapsrecht besproken. Daarna wordt ingegaan op een aantal meer algemene opmerkingen die in de consultatie zijn gemaakt en die niet hebben geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling. Vervolgens wordt aangegeven welke meer materiële wijzigingen in het voorstel dan wel de toelichting daarop naar aanleiding van de consultatie zijn doorgevoerd.

Commissie insolventierecht

Zoals eerder opgemerkt (zie paragraaf 3.1 van deze toelichting), was het aanvankelijk de bedoeling om de in de richtlijn opgenomen bepalingen betreffende het preventieve herstructureringsstelsel in de surseanceregeling te implementeren.[48] Over een aanzet tot een dergelijke regeling is gesproken met de commissie insolventierecht. Hieruit kwam naar voren dat dit te veel aanpassingen zou vergen, die de regeling van de surseance van betaling bovendien zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar maakten. Er zou hiermee dus geen oplossing worden geboden voor de redenen waarom de huidige regeling van het surseance-akkoord in de praktijk weinig wordt toegepast. Bovendien sloot de WHOA-regeling al

[46] Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer
[47] https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering.
[48] Kamerstukken II 2018/19, 33 695, nr. 18.

vrijwel volledig aan bij de bepalingen van de richtlijn. Daarom is er uiteindelijk voor gekozen om ter implementatie van de bepalingen uit de richtlijn die zien op het preventieve herstructureringsstelsel, nog enkele aanpassingen door te voeren in de WHOA-regeling.

Een voorontwerp van dit wetsvoorstel is eveneens besproken met de commissie insolventierecht. Naar aanleiding van die bespreking zijn nog enkele wijzigingen doorgevoerd in de conceptwettekst en de bijbehorende toelichting. De belangrijkste wijzigingen betreffen de volgende.

Ten eerste is de instemmingseis die geldt bij MKB-ondernemers aangepast. Voor zowel de openbare als de besloten akkoordprocedure wordt nu als vereiste gesteld dat, als een ander dan de MKB-ondernemer zelf een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige indient, de rechtbank dit verzoek alleen zal honoreren als de ondernemer daarmee instemt. Instemming is dus niet, zoals onder de huidige wet het geval is, pas vereist op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd aan de schuldeisers en aandeelhouders. In een eerdere conceptwettekst werd op dit punt onderscheid gemaakt tussen de openbare en de besloten akkoordprocedure. Alleen voor de openbare akkoordprocedure werd instemming van de schuldenaar vereist op het moment van de aanstelling van de herstructureringsdeskundige, met als argument dat vanwege het openbare karakter vooral de opening van deze procedure verstrekkende gevolgen heeft voor de schuldenaar. Voor de besloten akkoordprocedure bleef het huidige recht van toepassing. In artikel 4 lid 8 van de richtlijn wordt echter geen onderscheid gemaakt tussen een openbare of een besloten procedure. Bepaald is dat het preventieve herstructureringsstelsel ook beschikbaar gesteld kan worden op verzoek van schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers, maar dat dan wel steeds de voorwaarde gesteld moet worden de MKB-schuldenaar daarmee instemt. Ook blijkt uit de richtlijn dat die instemming van MKB-schuldenaren al vereist is vanaf de start van de procedure. De richtlijn noopte er dus toe om de instemmingseis voor beide akkoordprocedures in te voeren vanaf het moment waarop de herstructureringsdeskundige wordt aangesteld.

Dit wetsvoorstel expliciteert de gronden waarop de rechter een machtiging als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onder a, Fw, kan verlenen, waarna een schuldeiser ondanks de afkondiging van de afkoelingsperiode toch verhaal kan nemen. In de eerdere concept wetstekst was ervoor gekozen om dicht te blijven bij de bewoording van de richtlijn. Op advies van de commissie insolventierecht is uiteindelijk besloten om aan te sluiten bij de criteria die gelden voor het afwijzen van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode en voor de opheffing van een afkoelingsperiode. Dit is mogelijk binnen het kader van de richtlijn en leidt tot een eenduidigere regeling.

Dit wetsvoorstel expliciteert voorts de gronden waarop de rechter over kan gaan tot verlenging van de termijn voor de wettelijke schuldsaneringsregeling. Deze gronden waren in de eerdere concepttekst beperkter geformuleerd. Hierdoor zou in minder gevallen verlenging mogelijk worden dan onder het huidige recht het geval is, terwijl dat niet noodzakelijk was in het kader van de implementatie van de richtlijn. Om deze reden zijn deze gronden in het huidige voorstel verruimd.

Commissie vennootschapsrecht

Met de Commissie vennootschapsrecht is gesproken over de implementatie van artikel 19 van de richtlijn inzake de verplichtingen van bestuurders in geval van dreigende insolventie. De Commissie deelde de

opvatting dat ons huidige recht al voldoet aan de verplichtingen van artikel 19 van de richtlijn. Naar aanleiding van suggesties van de Commissie is de toelichting op enkele punten aangepast. Zo is verduidelijkt dat bestuurders de vrijheid blijven behouden om een onderneming te staken, mits de betrokken belangen daarbij in acht worden genomen. Ook is in de toelichting een uitdrukkelijke verwijzing naar de Beklamel-norm opgenomen. Dit sluit ook aan bij opmerkingen die in de consultatie door Insolad en de NVB zijn gemaakt.

Opmerkingen die niet hebben geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling

Tijdens de consultatie zijn enkele meer algemene opmerkingen gemaakt over de implementatie van de regels die in respectievelijk titel II en IV van de richtlijn zijn opgenomen over het herstructureringsstelsel en de eisen die worden gesteld aan de opleiding en aanstelling van en het toezicht op functionarissen in insolventieprocedures. Deze opmerkingen hebben niet geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling en hierna wordt de achtergrond daarvan toegelicht.

– De NVB spreekt steun uit voor de keuze om de uit de richtlijn voortvloeiende regels betreffende het herstructureringsstelsel, te implementeren in het kader van de WHOA-regeling en niet in de regeling van de surseance. Volgens de NVB wordt de WHOA hierdoor versterkt. Bovendien is dit praktisch, nu de WHOA-regeling al grotendeels aan de richtlijn voldoet. Insolad daarentegen is kritisch over deze keuze en is juist voorstander van implementatie van de regels in de surseanceregeling met als argument dat dit zou kunnen leiden tot een modernisering van die regeling. Zoals eerder is opgemerkt, is hiertoe een poging gedaan (zie ook paragraaf 3.1 van deze toelichting). Dit bleek echter niet een geschikte manier om tot modernisering van de surseanceregeling te komen. De surseanceregeling werd hierdoor juist zeer complex en in de praktijk moeilijk uitvoerbaar. Om deze reden is afgezien van implementatie in de surseanceregeling. Het signaal dat Insolad heeft afgegeven dat het wenselijk is om de surseanceregeling te moderniseren, zal evenwel alsnog afzonderlijk van de implementatie van de richtlijn worden bezien. Er loopt een internetconsultatie over een discussienota insolventierecht, waarmee wordt beoogd de praktijk te betrekken bij de ontwikkeling van het insolventierecht en zienswijzen te verzamelen over een aantal actuele thema's, waaronder de toekomst van de surseanceregeling.[49] Bekeken wordt of, en zo ja, op welke manier de surseanceregeling aangepast kan worden zodat deze regeling weer een effectief instrument wordt, naast de WHOA-regeling.
– ONL pleit voor het openstellen van hoger beroep tegen een uitspraak van de rechter inzake de homologatie van een akkoord. Volgens ONL is dit in overeenstemming met de richtlijn. In de WHOA is er bewust voor gekozen om geen rechtsmiddelen open te stellen tegen een homologatiebeslissing. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie (artikel 370, eerste lid, Fw). Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. De richtlijn brengt geen noodzaak tot wijziging van deze regeling met zich. Artikel 16 van de richtlijn stelt eisen aan een beroepsprocedure in het geval een lidstaat hierin voorziet, maar houdt geen verplichting in tot het openstellen van hoger beroep.[50]

[49] https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie

[50] Vgl. de Engelse taalversie van artikel 16 lid 1 van de richtlijn, waar wordt gesproken over «any appeal provided for under national law». Zie ook overweging 65 van de considerans bij de richtlijn.

– Insolad vraagt om in het kader van een implementatiewet ook een regeling te treffen die het gemakkelijker maakt om een groep van vennootschappen te herstructureren. Hiermee zou volgens Insolad een omissie in de huidige WHOA-regeling worden ondervangen. De richtlijn verplicht niet tot een dergelijke regeling. Gelet op de noodzaak tot tijdige implementatie van de richtlijn, wordt dit onderwerp daarom niet meegenomen in het kader van dit wetsvoorstel. Wel zal aan dit onderwerp aandacht worden besteed in het kader van de evaluatie van de WHOA, die binnen drie jaar na de inwerkingtreding van de WHOA per 1 januari 2021 plaats vindt.

Opmerkingen die wel hebben geleid tot aanpassing van de voorgestelde regeling

Naast enkele technische wijzigingen zijn tijdens de consultatie ook een aantal suggesties gedaan tot aanpassingen met een meer materieel karakter die vervolgens ook in de voorgestelde regeling zijn doorgevoerd. Zij worden hieronder besproken, aan de hand van de hoofdonderdelen van de richtlijn.

Het preventieve herstructureringsstelsel

– Aan artikel 369, vierde lid, Fw wordt een zin toegevoegd waarin is bepaald dat onder «rechten van werknemers» in de zin van dit lid mede worden verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan, kort gezegd, een pensioenuitvoerder of een soortgelijke instelling (artikel I, onderdeel MM). Werknemers hebben een zelfstandige vordering jegens hun werkgever tot afdracht van pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder of een soortgelijke instelling; er is hier dus sprake van rechten van werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten. In de praktijk bleek hier echter toch onduidelijkheid over te bestaan, zoals blijkt uit de reactie van de Pensioenfederatie.[51] Om deze reden is dit in de wet verduidelijkt. Daarmee staat vast dat vorderingen tot betaling van pensioenpremie niet kunnen worden gewijzigd in het kader van een WHOA-akkoord en wordt verzekerd dat de pensioenopbouw van werknemers niet in gevaar komt als gevolg van een dergelijk akkoord. Dit sluit aan bij artikel 1 lid 6 van de richtlijn, dat strekt ter bescherming van pensioenaanspraken.
– Naar aanleiding van een opmerking van Jira is in het artikelsgewijze deel van de toelichting de betekenis verduidelijkt van de zinsnede «een verzuim van de schuldenaar in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode» in het aangepaste 373, vierde lid, Fw (zie artikel I, onderdeel PP). Volgens Jira wordt met het begrip «verzuim» de suggestie gewekt dat de schuldenaar ten aanzien van de schulden in verzuim moet zijn in de zin van artikel 6:81 BW. Het uitgangspunt van de richtlijn is volgens Jira echter ruimer, nu deze spreekt over het niet voldoen van een schuld (zie artikel 7 lid 4 van de richtlijn). Naar aanleiding hiervan is in de toelichting verduidelijkt dat met «een verzuim in de voldoening van een schuld» in artikel 373, vierde lid, Fw gedoeld wordt op iedere vorm van achterblijven door de schuldenaar in de voldoening van een schuld die normaalgesproken, zonder de afkoelingsperiode, voldoende aanleiding zou zijn voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar,

[51] Zie ook Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, waarin de rechtbank de Hoge Raad vraagt om een prejudiciële beslissing over deze kwestie. In haar conclusie van 6 december 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:1152) in deze zaak concludeert A-G De Bock dat op grond van art. 369 lid 4 Fw de WHOA-regeling niet van toepassing is op achterstallige pensioenpremies van bedrijfstakpensioenfondsen.

voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar of voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Het begrip «verzuim» heeft hier dus een ruimere betekenis dan in het kader van artikel 6:81 BW.

– Artikel 376, zesde lid, Fw wordt in die zin aangepast dat verlenging van de afkoelingsperiode in de in dit lid bedoelde situatie niet langer geheel wordt uitgesloten, maar slechts wordt toegestaan als de totale termijn van de afkoelingsperiode met inbegrip van verlengingen niet langer is dan vier maanden (artikel I, onderdeel RR). Het huidige zesde lid van artikel 376 Fw is in de wet opgenomen met het oog op artikel 6 lid 8, tweede alinea, van de richtlijn, waarin is bepaald dat de totale duur van de schorsing in de daar bedoelde situatie beperkt is tot maximaal vier maanden. Insolad wijst er terecht op dat het huidige artikel 376, zesde lid, Fw verder gaat dan de richtlijn vereist. Verlenging van de afkoelingsperiode tot maximaal vier maanden is op grond van de richtlijn immers toegestaan als de rechter initieel een afkoelingsperiode voor een kortere termijn dan vier maanden heeft afgekondigd.
– In het wetsvoorstel zijn bepalingen opgenomen om te verzekeren dat de observator voldoet aan de vereisten die de richtlijn aan de figuur van de «herstructureringsdeskundige» stelt. Insolad heeft er in de consultatie terecht op gewezen dat niet alleen de herstructureringsdeskundige als bedoeld in artikel 371, eerste lid, Fw, maar ook de observator als bedoeld in artikel 380, eerste lid, Fw heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn. Gelet hierop dient ook de observator te voldoen aan de vereisten die de richtlijn aan deze figuur stelt. Met het oog hierop regelt dit wetsvoorstel dat de naam van de observator, indien deze is aangesteld, in het akkoord wordt vermeld (zie artikel I, onderdeel QQ). Dit is in overeenstemming met artikel 8 lid 1, onderdeel f van de richtlijn. Daarnaast regelt dit wetsvoorstel, dat, als er een afkoelingsperiode is afgekondigd en er een observator is aangesteld, de rechtbank ook op verzoek van de observator de afkoelingsperiode kan opheffen (zie artikel I, onderdeel RR). Hiermee wordt voldaan aan artikel 6 lid 9, onderdeel b van de richtlijn. Verder is in paragraaf 3.1 van het algemene deel van de toelichting verduidelijkt hoe de figuur van de observator zich tot de richtlijn verhoudt. Hierom was door Insolad in de consultatie verzocht.
– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is in de toelichting verduidelijkt dat dit wetsvoorstel er niet toe leidt dat de instemming van de schuldenaar die een MKB-bedrijf is, in geval van een niet door hemzelf geïnitieerde procedure in meer gevallen vereist is. Ook op grond van de huidige wet bestaat al een «dubbel» instemmingsvereiste, namelijk zowel op het moment van het voorleggen van het akkoord ter stemming (zie het huidige artikel 381, tweede lid, Fw) als op het moment van het indienen van een homologatieverzoek ten aanzien van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (artikel 383, tweede lid, Fw). De richtlijn brengt de noodzaak van een dergelijk «dubbel» instemmingsvereiste mee (zie de artikelen 4 lid 8 en 11 lid 1 van de richtlijn). Dit wetsvoorstel houdt enkel in dat het eerstgenoemde instemmingsvereiste naar voren wordt gehaald. De ondernemer moet straks niet pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd om instemming worden gevraagd, maar reeds op het moment dat de rechter een besluit moet nemen over het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Anders dan Insolad meent, betekent het naar voren halen van het instemmingsvereiste niet dat het initiatiefrecht van de schuldeisers volledig wordt uitgehold. Ook in de gewijzigde regeling wordt expliciet bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft

als de instemming van het bestuur. De schuldenaar moet dus aan de rechtbank kenbaar maken wat de reden is voor zijn weigering instemming te verlenen. ONL heeft in de consultatie naar voren gebracht dat een dergelijke regeling niet verenigbaar is met de richtlijn. De instemming van de MKB-ondernemer zou volgens ONL een absolute voorwaarde voor de start van een herstructureringstraject moeten zijn. De regeling waarin het wetsvoorstel voorziet, sluit echter aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, op grond waarvan lidstaten ervoor dienen te zorgen dat het kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren. De richtlijn staat daarmee niet aan een dergelijke regeling in de weg. Zoals de NVB terecht opmerkt, is met deze regeling beoogd een balans te treffen tussen de belangen van de schuldeisers en de schuldenaar. In de toelichting is nader aangegeven wat een «goede reden» kan zijn in de zin van het nieuwe vijftiende lid van artikel 371 Fw voor het bestuur om instemming met de aanstelling van een herstructureringsdeskundige te weigeren. De NVB heeft in de consultatie om een nadere toelichting op dit punt gevraagd, zodat duidelijker is hoe de rechter de belangen van de betrokkenen in een concreet geval moet afwegen. Directe of indirecte druk van de aandeelhouders is in ieder geval geen goede reden om instemming te weigeren. Een goede reden kan bijvoorbeeld zijn dat de schuldenaar zelf al bezig is met het treffen van maatregelen om de financiële problemen op te lossen. De schuldenaar zal daarbij voldoende concreet moeten aangeven waaruit die maatregelen bestaan, op welke termijn zij geïmplementeerd zullen worden en op welke manier deze maatregelen daadwerkelijk een oplossing bieden voor de financiële problemen. Bovendien zal schuldenaar voldoende aannemelijk moeten maken dat het bestuur daadwerkelijk bereid en in staat is deze maatregelen te treffen. Gelet op hetgeen de schuldenaar ter onderbouwing van zijn weigering moet aanvoeren, is er, anders dan Insolad meent, geen reden te denken dat het voor een schuldenaar door dit wetsvoorstel eenvoudiger zal worden om zijn instemming te onthouden.

– Met het oog op artikel 9 lid 1 van de richtlijn wordt de tekst van de laatste zin van artikel 371, eerste lid, Fw, iets aangescherpt. Uit artikel 9 lid 1 van de richtlijn volgt dat de schuldenaar het recht moet hebben om een eigen akkoord aan te bieden, ook als er een herstructureringsdeskundige is benoemd. In het huidige artikel 371, eerste lid, Fw is hierin voorzien doordat de schuldenaar aan de herstructureringsdeskundige een akkoord kan overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen. De tekst van deze bepaling wordt nu aangepast, zodat expliciet blijkt dat dat de herstructureringsdeskundige ook aan dit verzoek van de schuldenaar zal moeten voldoen (artikel I, onderdeel OO). Allen & Overy heeft er in de consulatie op gewezen dat deze verduidelijking gelet op artikel 9 lid 1 van de richtlijn wenselijk is. Zoals ook door Allen & Overy gesuggereerd is, worden bovendien nadere regels gegeven rond de indiening van het homologatieverzoek en de beoordeling daarvan door de rechtbank, als na de stemming blijkt dat het akkoord van de schuldenaar voldoende steun van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders heeft gekregen (artikel I, onderdelen VV en WW). In dat geval is het immers mogelijk dat er twee akkoorden zijn die voor homologatie in aanmerking komen; naast dat van de schuldenaar, ook het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige. Uiteindelijk kan maar één akkoord door de rechter gehomologeerd worden en als de rechter hiertoe is overgegaan, is de homologatie van het andere akkoord automatisch uitgesloten. Daarom is een regeling betreffende de volgorde waarin de rechter de homologatieverzoeken in behandeling neemt noodzakelijk.

– De tekst van de voorgestelde aanpassing van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw is aangescherpt (artikel I, onderdeel WW). Artikel 384, tweede lid, Fw bevat de gronden waarop de rechtbank een verzoek tot homologatie van een akkoord afwijst. De eerdere versie van de voorgestelde regeling hield in dat de rechtbank homologatie dient te weigeren als redelijkerwijs aannemelijk is dat nieuwe financiering niet «onmiddellijk noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord. Het woord «onmiddellijk» is nu geschrapt. De NVB heeft er in de consultatie op gewezen dat vaak een totaalpakket aan financiering wordt verstrekt dat uit verschillende onderdelen bestaat. Door schrapping van het woord «onmiddellijk» wordt duidelijker dat een dergelijke financieringsmix niet aan homologatie in de weg hoeft te staan. Dit is bovendien in overeenstemming met de richtlijn. Op grond van artikel 10 lid 2 onderdeel e van de richtlijn dienen de lidstaten als voorwaarde aan de homologatie te stellen dat eventuele nieuwe financiering «noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord. Het is dus niet nodig dat dergelijke financiering voor deze uitvoering «onmiddellijk noodzakelijk» is. Voor andere transacties ter uitvoering van het akkoord blijft wel gelden dat deze «onmiddellijk noodzakelijk» moeten zijn voor de uitvoering van het akkoord. Dit is in overeenstemming met artikel 18, vijfde lid, van de richtlijn. Anders dan Jira vreest, hoeft dit niet te betekenen dat een transactie van beperkte omvang of relevantie al tot weigering van de homologatie moet leiden als aan dit criterium niet is voldaan. Als de schuldenaar bescherming voor een bepaalde transactie wenst, zal hij dit expliciet in het akkoord moeten vermelden. Door aanvulling van artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw is dit verduidelijkt. De rechter beoordeelt alleen die transacties die op deze manier in het akkoord vermeld staan. Anders dan het geval is bij een nieuwe financiering, die op grond van artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw steeds in het akkoord vermeld dient te worden, kan de schuldenaar ten aanzien van andere transacties dus afzien van de toetsing op grond van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw. Niet in het akkoord met het oog op deze toetsing vermelde transacties missen echter de bescherming die de homologatie van het akkoord biedt tegen vernietiging wegens benadeling van schuldeisers.
– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is in de toelichting verduidelijkt dat homologatie steeds een voorwaarde is voor bescherming van nieuwe financiering en andere transacties ter uitvoering van het akkoord, dus ook in gevallen waarin alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders met het akkoord hebben ingestemd. De wet maakt indiening van een homologatieverzoek ook in die gevallen mogelijk (vergelijk artikel 383, eerste lid, Fw).

Kwijtscheldingsregeling voor ondernemers

– De «aard van de schulden» is als grond toegevoegd waarop de rechter bij de toelating tot de schuldsaneringsregeling de duur ervan kan verlengen van drie jaar tot maximaal vijf jaar. De rechter behoudt hiermee de mogelijkheid om een schuldenaar die niet te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of het onbetaald laten van een of meer schulden, toe te laten tot de schuldsaneringsregeling, maar daarbij wel een langere duur vast te stellen. De Raad voor de rechtspraak heeft erop gewezen dat anders de mogelijkheden voor de rechter om over te gaan tot verlenging zouden worden beperkt ten opzichte van het huidige recht. Daarnaast is naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak in de toelichting verduidelijkt dat de voorgestelde wettekst de rechter onder omstandigheden de mogelijkheid geeft om de duur van de schuldsaneringsregeling te verlengen om de schuldenaar in staat te stellen in zijn woning te blijven wonen. De eisen die de richtlijn stelt ten aanzien van de

kwijtschelding van schuld, zien alleen op natuurlijke personen die ondernemer zijn. De WSNP heeft een ruimer bereik en ook natuurlijke personen die geen ondernemer zijn kunnen daartoe toegelaten worden. De wijzigingen die in dit wetsvoorstel worden doorgevoerd, gelden ook voor alle schuldenaren en niet alleen voor schuldenaren die ondernemer zijn.

– Naar aanleiding van de reactie van Insolad is in de toelichting verduidelijkt dat de richtlijn onder «kwijtschelding van schuld» niet alleen het teniet doen van schulden verstaat, maar ook het uitsluiten van de mogelijkheid om schulden af te dwingen (zodat sprake is van natuurlijke verbintenissen). Dit blijkt uit artikel 2 lid 1, onderdeel 10 van de richtlijn. De schuldsaneringsregeling, die tot gevolg kan hebben dat schuldeisers betaling van hun schulden niet langer kunnen afdwingen, biedt daarmee de kwijtschelding van schuld waarop de richtlijn ziet. Insolad wijst er terecht op dat een schuldeiser na de omzetting van de schuld in een natuurlijke verbintenis geen beroep meer kan doen op verrekening, nu de schuldeiser immers niet bevoegd is tot het afdwingen van betaling van de schuld (zie artikel 6:127, tweede lid, BW). Wel geldt dat een beroep op deze niet-verrekenbaarheid wegens de bijzondere omstandigheden van het geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.[52] Ook dit is toegevoegd aan de toelichting. Insolad merkt verder op dat, hoewel kan worden geconstateerd dat de wet aan de richtlijn voldoet, de praktijk weerbarstig is en de toegang tot de WSNP niet onproblematisch is. Meer specifiek wijst Insolad in dit verband op de verplichting eerst een schuldhulpverleningstraject te volgen. Insolad stelt de vraag of Nederland wel aan haar verplichtingen uit hoofde van de richtlijn voldoet. De richtlijn stelt een aantal minimumeisen aan de procedure tot kwijtschelding van schuld, die in het algemene deel van de toelichting zijn omschreven (zie paragraaf 2.3). De richtlijn laat de lidstaten veel ruimte bij de precieze inrichting van deze procedure. Zo hebben de lidstaten onder meer de mogelijkheid om beperkingen te stellen aan de toegang tot de procedure tot kwijtschelding van schuld. Wel vereist de richtlijn dat deze beperkingen gelden in bepaalde, welomschreven omstandigheden en naar behoren gerechtvaardigd zijn (zie artikel 23, tweede lid, Fw). De richtlijn staat daarmee niet in de weg aan de Nederlandse wetgeving en praktijk, waarin de schuldenaar eerst een poging moet doen tot een buitengerechtelijke schuldregeling alvorens hij kan worden toegelaten tot de WSNP. Dat de Nederlandse WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoet, betekent niet dat er geen verbeteringen mogelijk zijn ten aanzien van de toegang tot de WSNP. Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om de in artikel 288, eerste lid onder b en tweede lid, onder d genoemde eisen voor toelating tot de WSNP te versoepelen. Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere aansluiting tussen het gemeentelijk schuldhulpverleningstraject en de WSNP.[53]

Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van insolventieprocedures

– De Raad voor de rechtspraak geeft aan dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctiona-

[52] Zie HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:377, r.o. 3.4.4 en 3.5. Een beroep op niet-verrekenbaarheid kan o.a. naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als beide vorderingen berusten op dezelfde contractuele verhouding; zie HR 31 januari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0492, r.o. 3.5.

[53] Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2. Ook met dit wetsvoorstel blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.

rissen graag voor haar rekening blijft nemen en ziet geen noodzaak voor de geboden mogelijkheid om op dit vlak bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen. Dit geldt ook voor Insolad die erop wijst dat er in de praktijk reeds voldoende kaders zijn ter borging van de kwaliteit van insolventiefunctionarissen. De NOVA juicht de mogelijkheid om bij maatregelen van bestuur nadere regels te stellen omtrent de aanstelling van curatoren, bewindvoerders en WHOA-functionarissen, juist toe. Jira vindt het wenselijk dat er landelijk gelijke kwaliteitseisen komen voor curatoren en bewindvoerders. ONL pleit voor meer transparantie in het proces van aanstelling van herstructureringsdeskundigen in het kader van een WHOA-traject, om hun onafhankelijkheid beter te kunnen garanderen. Anders dan in de consultatieversie het geval was, bevat het huidige wetsvoorstel geen grondslagen om bij algemene maatregel van bestuur nadere regels te stellen ten aanzien van de benoeming van de verschillende insolventiefunctionarissen. Wel wordt in de wet een aantal randvoorwaarden neergelegd die de rechtbank in acht dient te nemen bij de aanstelling van deze functionarissen (zie artikel I, onderdelen A, H, FF, OO en TT). Daarmee worden de eisen die de richtlijn stelt wettelijk verankerd, maar houdt de rechtspraak tegelijkertijd voldoende ruimte om hieraan invulling te geven door middel van door haar opgestelde richtlijnen. De rechtspraak heeft immers, gelet op het toezicht dat zij uitoefent op de verschillende insolventiefunctionarissen, expertise ten aanzien van de aan deze functionarissen te stellen kwaliteitseisen. De rechtspraak moet daarom bij uitstek in staat worden geacht om deze eisen verder te ontwikkelen. Recofa heeft laten weten bij de verdere ontwikkeling van deze richtlijnen, zoals gebruikelijk, Insolad te zullen betrekken. De uitgangspunten die Recofa zal ontwikkelen in het kader van de WHOA-regeling zullen leiden tot de door ONL bepleite vergroting van de transparantie.

– Anders dan in de consultatieversie het geval was, voorziet dit wetsvoorstel er niet in dat de schuldenaar en de schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling van de curator of de bewindvoerder in het kader van een faillissement, een surseance van betaling of de schuldsaneringsregeling. Artikel 27 lid 4 van de richtlijn vereist dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over vergoeding van insolventiefunctionarissen te beslechten. Gelet op de plaatsing van dit artikel in titel IV van de richtlijn («Maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van de procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld»), moet deze bepaling begrepen worden vanuit de doelstelling van de richtlijn om een efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures te bevorderen. Een procedure is daarmee vooral «geschikt» in de zin van de richtlijn, als hiermee daadwerkelijk kan worden bevorderd dat de insolventiefunctionaris efficiënt handelt en onnodige kosten vermijdt. Dit is met name het geval als de schuldenaar en, in geval van vereffeningsprocedures zoals het faillissement en de WSNP, de schuldeisers, in een vroeg stadium invloed kunnen uit te oefenen op de handelwijze van de insolventiefunctionaris. Dan hebben zij immers nog daadwerkelijk de mogelijkheid om te voorkomen dat de insolventiefunctionaris de kosten onnodig laat oplopen. Zoals uiteengezet in paragraaf 3.3 van deze toelichting, voorziet het huidige recht al in procedures waarmee de schuldenaar en, in geval van het faillissement en de WSNP, de schuldeisers, kunnen aansturen op een efficiënte handelwijze van de curator of de bewindvoerder. Er is daarmee geen noodzaak om er daarnaast in te voorzien dat zij in de gelegenheid worden gesteld om een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling. In de consultatie is door Insolad, Jira en KienhuisHoving bovendien de vrees geuit dat dit zou leiden tot grote vertraging bij de salarisvaststelling. Ook de Raad voor de rechtspraak

voorziet omslachtige procedures. Nu het doel van de richtlijn juist is de efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures te bevorderen, is alsnog afgezien van de introductie van deze voorziening. Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures geldt dat de regeling voor de situatie dat het verzoek tot aanstelling van de herstructureringsdeskundige door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund en de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen, is aangepast. In de eerdere versie van de voorgestelde regeling was voor dat specifieke geval bepaald dat de rechtbank de schuldeisers in de gelegenheid moest stellen een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. De Raad voor de rechtspraak vraagt zich af of dit een hanteerbare regeling is in gevallen waarin sprake is van een grote hoeveelheid van schuldeisers. Ook Jira vreest dat deze regeling leidt tot onnodige kosten en/of vertraging in het WHOA-traject. In plaats daarvan regelt dit wetsvoorstel nu dat de verzoeker in zijn verzoek – dat door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund – het bedrag dient te vermelden dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich ook uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Daarnaast dient hij zich in het verzoek uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen (artikel I, onderdeel OO). Op deze manier hebben de schuldeisers, in de situatie dat zij de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen, enerzijds voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling van het traject tegen reële kosten, terwijl dit anderzijds niet leidt tot vertraging van de procedure.

– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is verduidelijkt dat in de huidige wet wel degelijk enige vorm van toezicht ligt besloten door de rechtbank op herstructureringsdeskundigen en observatoren die zijn aangesteld in het kader van een akkoordprocedure buiten faillissement. Wel is sprake van een minder vergaande vorm van toezicht dan waarin is voorzien voor curatoren en bewindvoerders in faillissement, surseance van betaling en WSNP. Dit is in overeenstemming met de richtlijn, nu herstructureringsdeskundigen en observatoren ook minder ingrijpende bevoegdheden hebben. Ook is verduidelijkt dat dit toezicht van de rechtbank alleen betrekking heeft op herstructureringsdeskundigen en observatoren die door de rechtbank zijn aangesteld, en niet op deskundigen die de schuldenaar of een andere partij zelfstandig raadpleegt in samenhang met de akkoordprocedure. Ook de eisen die de richtlijn stelt, zien alleen op deskundigen die door een rechterlijke of een administratieve instantie zijn aangesteld (zie artikel 26 lid 1, onder a, van de richtlijn).
– Naar aanleiding van de reactie van de Raad voor de rechtspraak is in het algemene deel van de toelichting verduidelijkt dat de schuldenaar in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures de gelegenheid heeft zich uit te laten over de aanstelling van een herstructureringsdeskundige of een observator (zie artikel 380, vierde lid, in verbinding met artikel 371, vijfde lid, Fw). Hij heeft dus de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de selectie of aanstelling van een herstructureringsdeskundige of observator, zodat het huidige recht op dit punt reeds voldoet aan de vereisten van artikel 26 lid 1 onder d van de richtlijn.

Overige onderdelen van de richtlijn

– In het algemene deel van de toelichting is naar aanleiding van artikel 3 lid 5 van de richtlijn uitgelegd welke mogelijkheden het huidige recht reeds aan de ondernemingsraad biedt om de economische positie van

de onderneming van de werkgever te beoordelen. Het is daarmee niet nodig om een systeem te introduceren zoals in de consultatie door de vakcentrales is bepleit. In dit systeem zouden derden, die omstandigheden signaleren die tot dreigende insolventie kunnen leiden, verplicht worden om daarover eerst de onderneming zelf te informeren en, indien de verantwoordelijke bestuurders dat binnen een korte termijn zelf niet doen, ook de belanghebbenden, waaronder de ondernemingsraad. Bij die derden hebben de vakcentrales het oog op de accountant van de werkgever en bepaalde schuldeisers, zoals banken en de belastingdienst. Dit systeem kent bovendien bezwaren, waarop ook de NVB en Insolad in hun consultatiereacties wijzen. Zo zal het niet eenvoudig zijn vast te stellen wanneer sprake is van de «omstandigheden die tot dreigende insolventie kunnen leiden» en op welk moment er dus een plicht om te waarschuwen ontstaat. Schuldeisers beschikken ook niet altijd over een volledig beeld van de financiële situatie van de schuldenaar. Het risico bestaat daarmee dat accountants en schuldeisers te vroeg waarschuwen, waarmee zij onrust in het bedrijf veroorzaken en hierdoor juist de kans vergroten dat de onderneming het niet redt. De introductie van een dergelijke verplichting heeft dus mogelijk als averechts effect dat hierdoor juist meer ondernemingen failliet gaan. Ook om deze reden is er niet voor gekozen in dit wetsvoorstel een dergelijke verplichting te introduceren.

5. Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers en voor de rechterlijke macht

Het wetsvoorstel bevat geen regeldruk-effecten voor *burgers.* De nalevingskosten voor het *bedrijfsleven* kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die nieuwe wet- en regelgeving stelt. Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten, omdat de gevolgen van het voorstel buiten de definitie van nalevingskosten vallen.[54]

Dit wetsvoorstel brengt geen financiële gevolgen voor de rijksbegroting met zich. Anders dan in de consultatieversie het geval was, voorziet dit wetsvoorstel er niet in dat de schuldenaar en de schuldeisers in de gelegenheid worden gesteld een zienswijze te geven ten aanzien van de salarisvaststelling van de verschillende insolventiefunctionarissen. Reden is enerzijds de vrees die in de consultatie is geuit dat dit zou leiden tot grote vertraging bij de salarisvaststelling, terwijl anderzijds de richtlijn niet blijkt te noodzaken tot een dergelijke regeling. Zie in dit verband nader hierboven, paragraaf 4 (consultatie en advies).

Hoewel dit wetsvoorstel zelf geen maatregelen bevat die leiden tot financiële gevolgen voor de rijksbegroting, dienen op grond van de richtlijn wel enkele uitvoeringshandelingen te worden verricht die mogelijk financiële gevolgen hebben voor de rechtspraak. In de eerste

[54] Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Het burgerlijk procesrecht biedt waarborgen voor een eerlijke en efficiënte procesvoering. Waar in het procesrecht eisen worden gesteld aan informatie-uitwisseling met rechter of wederpartij of anderszins, hangen de lasten als gevolg daarvan direct samen met deze waarborgfunctie. De lasten worden om die reden niet als regeldruk aangemerkt. Zie ook Meten is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, p. 33.

plaats vereist artikel 28 van de richtlijn dat in insolventieprocedures bepaalde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Het gaat daarbij onder meer om communicatie met de gerechten. Voor de implementatie van artikel 28 van de richtlijn krijgen de lidstaten langer de tijd. Terwijl het grootste gedeelte van de richtlijn uiterlijk 17 juli 2022 in nationale wetgeving dient te zijn omgezet en te worden toegepast, dient artikel 28 van de richtlijn deels uiterlijk 17 juli 2024 en deels uiterlijk 17 juli 2026 te zijn geïmplementeerd. Zoals hierboven in paragraaf 3.3 is toegelicht, biedt de bestaande wetgeving reeds een voldoende grondslag om de communicatie met de gerechten via elektronische weg te kunnen laten verlopen. Wel dienen er maatregelen te worden getroffen om deze communicatie met de gerechten daadwerkelijk mogelijk te maken. Daarnaast hebben de lidstaten op grond van artikel 29 van de richtlijn de verplichting om gegevens over insolventieprocedures te verzamelen en te aggregeren. Deze gegevens moeten jaarlijks aan de Europese Commissie worden meegedeeld via een mededelingsformulier dat bij uitvoeringshandeling wordt vastgesteld. De lidstaten dienen voor het eerst gegevens te verzamelen over het eerste volledige kalenderjaar na de datum van toepassing van deze uitvoeringshandeling. Op dit moment is deze uitvoeringshandeling nog niet vastgesteld.
Over de praktische uitvoering van deze verplichtingen zullen afspraken worden gemaakt met de rechtspraak. Voor zover uit de bovengenoemde uitvoeringshandelingen kosten voortvloeien en deze niet binnen het reguliere budget opgevangen kunnen worden, zal het departement in goed overleg met de Raad voor de rechtspraak bezien hoe hier in de driejaarlijkse prijsonderhandelingen mee om kan worden gegaan.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdelen A, H, FF, OO en TT

Artikelen 14, vijfde lid, 215, vijfde lid, 287, derde lid, 371, derde lid, en 380, eerste lid, Fw

Deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 26 lid 1 van de richtlijn, waarin onder meer eisen worden gesteld aan de opleiding en deskundigheid van insolventiefunctionarissen. Voorts wordt in dit artikel bepaald dat de voorwaarden voor aanstelling van deze functionarissen duidelijk, transparant en rechtvaardig dienen te zijn. Ter implementatie van deze bepaling voegt onderdeel A voor de faillissementsprocedure een nieuw vijfde lid toe aan artikel 14 Fw. Daarin wordt bepaald dat de rechtbank een curator aanstelt die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Bovendien moet de rechtbank bij de aanstelling a) rekening houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de curator, en b) een procedure en voorwaarden hanteren die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn. Voor de benoeming van insolventiefunctionarissen in de overige insolventieprocedures – d.w.z. in de surseance van betaling, de WSNP en de akkoordprocedures buiten faillissement – introduceert dit wetsvoorstel vergelijkbare bepalingen (onderdelen H, FF, OO en TT).

In de praktijk hanteren rechtbanken bij de aanstelling van de verschillende insolventiefunctionarissen procedures en voorwaarden die voor het grootste deel al in overeenstemming zijn met deze nieuwe bepalingen. Zoals in het algemene deel van de toelichting is omschreven, heeft Recofa verschillende richtlijnen ontwikkeld ten aanzien van de procedure en de

voorwaarden voor de benoeming van curatoren in faillissement, bewindvoerders in surseance van betaling en bewindvoerders in WSNP (zie paragraaf 3.3.). Wel is nodig dat in deze uitgangspunten nadere criteria worden opgenomen rond de benoeming van curatoren en bewindvoerders in een specifieke zaak. Daarbij is van belang dat de richtlijn de lidstaten de nodige ruimte laat bij de inrichting van hun systeem van benoeming. Zo staat de richtlijn er niet aan in de weg dat een functionaris wordt geselecteerd door middel van willekeurige selectie door bijvoorbeeld een softwareprogramma, op voorwaarde dat in dat geval naar behoren rekening wordt gehouden met de ervaring en deskundigheid van de deskundige (zie overweging 88 van de considerans bij de richtlijn). Het is bovendien in beginsel niet vereist dat de rechtbank in een specifieke zaak motiveert waarom zij een bepaalde curator of bewindvoerder benoemt; voldoende is dat in zijn algemeenheid duidelijk en transparant is welke criteria de rechtbank bij de benoeming hanteert. Voor de benoeming van herstructureringsdeskundigen en observators in de akkoordprocedures buiten faillissement, zoals voorzien in de WHOA, bestaan nog geen uitgangspunten. De Raad voor de rechtspraak heeft in zijn consultatiereactie aangegeven dat Recofa het opstellen van richtlijnen voor de aanstelling en benoeming van insolventiefunctionarissen graag voor haar rekening neemt. Recofa heeft laten weten Insolad hierbij te zullen betrekken.

Onderdelen B, C, E, I, S, JJ en OO

Artikelen 15, derde lid, 16, tweede lid, 71, derde lid, 215a, tweede lid, 250, derde lid, 320, zesde lid, en 371, tiende lid, Fw

Deze onderdelen dienen ter implementatie van artikel 27 lid 4 van de richtlijn dat vereist dat er regels voor de vergoeding van insolventiefunctionarissen gelden die beantwoorden aan de doelstelling van een efficiënte afwikkeling van procedures en dat er geschikte procedures voorhanden zijn om eventuele geschillen over de vergoeding van deze functionarissen te beslechten.

Zowel in het faillissement, de surseance van betaling, als de WSNP, stelt de rechtbank het salaris van de curator of de bewindvoerder vast. Voor de WSNP bepaalt artikel 320, zesde lid, Fw, dat het salaris van de bewindvoerder wordt vastgesteld volgens bij algemene maatregel van bestuur te stellen regels. Op grond hiervan is het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsanering vastgesteld, dat regels omtrent de salarisvaststelling van de bewindvoerder bevat die voldoen aan de vereisten van de richtlijn. Voor het faillissement en de surseance van betaling legt dit wetsvoorstel vast dat de rechter het salaris van de verschillende insolventiedeskundigen dient vast te stellen aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behandeling van de procedure tot uitdrukking komt (onderdelen B, C, E, I en S). In de praktijk hanteren rechtbanken in het kader van het faillissement en de surseance van betaling al dergelijke uitgangspunten. De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling bevatten bepalingen die zien op de salarisvaststelling (zie ook paragraaf 3.3 van het algemene deel van deze toelichting). Zoals in paragraaf 3.3 van het algemene deel van de toelichting is uiteengezet, bevatten deze regels die de rechtbanken in de praktijk hanteren, verschillende voorzieningen om een efficiënt verloop van faillissementen en surseances van betaling te bevorderen. Deze regels sluiten daarmee dus goed aan bij artikel 27 van de richtlijn.

Ook voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures wordt bepaald dat de rechter het salaris van de herstructureringsdeskundige bepaalt aan de hand van uitgangspunten waarin het belang van een efficiënte behan-

deling van de akkoordprocedure tot uitdrukking komt (zie onderdeel OO). De schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw, brengt mee dat hetzelfde geldt voor de vaststelling van het salaris van de observator. In gesprek met Recofa zal worden bekeken hoe hieraan invulling wordt gegeven.

Deze onderdelen regelen daarnaast dat als de rechtbank overweegt om af te wijken van het voorstel van de curator tot vaststelling van zijn salaris of als de rechter-commissaris niet met dit voorstel instemt, de rechtbank geen beslissing neemt over het salaris van een curator in faillissement, een bewindvoerder in surseance van betaling of een bewindvoerder in WSNP, dan nadat zij de curator of de bewindvoerder 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. Op grond van jurisprudentie is dit nu al de praktijk.[55] Gelet op het feit dat de richtlijn vereist dat er geschikte procedures voorhanden zijn om geschillen over vergoeding van insolventiefunctionarissen te beslechten, wordt dit nu wettelijk verankerd. Uit de formulering van het nieuwe derde lid van artikel 250 Fw volgt dat de rechtbank in het kader van de surseance van betaling de rechter-commissaris hoort over het voorstel van de bewindvoerder tot vaststelling van zijn loon, om vast te stellen of deze hiermee instemt. Voor het faillissement en de WSNP volgt ook uit de artikelen 314, tweede lid, in verbinding met artikel 65 Fw, dat de rechtbank de rechter-commissaris dient te horen.

Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement is al in artikel 371, vijfde en tiende lid, Fw geregeld dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in de gelegenheid stelt om hun zienswijze te geven over de salarisvaststelling van de herstructureringsdeskundige. Via de schakelbepaling van artikel 380, vierde lid, Fw geldt hetzelfde voor de salarisvaststelling van de observator. De schuldeisers worden op grond van de WHOA-regeling in beginsel niet gehoord ten aanzien van de salarisvaststelling. Dit is op grond van de richtlijn ook niet nodig, nu de kosten van de herstructureringsdeskundige door de schuldenaar worden gedragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Onder omstandigheden is het echter mogelijk dat niet de schuldenaar, maar de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige dragen (artikel 371, tiende lid, vierde zin, Fw). Dit is aan de orde als sprake is van een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige dat door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. In een dergelijk geval zal uit het verzoekschrift van deze steun moeten blijken, zodat de rechter kan vaststellen of aan deze voorwaarde is voldaan. Dit wetsvoorstel verduidelijkt nu dat de verzoeker in dat geval in zijn verzoek het bedrag moet vermelden dat de werkzaamheden van herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich ook uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Hij dient zich in het verzoek eveneens uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen. Daarmee bestaat er voor de schuldeisers voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling van het traject tegen reële kosten. Zij zullen immers enkel bereid zijn het verzoek te steunen als zij zich ook kunnen vinden in de daar voorgestelde regeling ten aanzien van de kosten. Doordat wordt bepaald dat de verzoeker zich in het verzoek dient uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen, wordt bovendien geregeld hoe de betaling van de kosten door de schuldeisers in de praktijk in zijn werk moet gaan. Het is aan de schuldeisers die het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige steunen om hierover

[55] Zie HR 12 november 1999, *NJ* 2000/52 m.nt. P. van Schilfgaarde, r.o. 3.2.

afspraken te maken. Verschillende afspraken zijn daarbij denkbaar. Het is niet noodzakelijk dat alle schuldeisers in gelijke mate bijdragen aan de kosten. Denkbaar is bijvoorbeeld dat een bepaalde schuldeiser een groter gedeelte of zelfs alle kosten voor zijn rekening neemt. Uit het verzoekschrift zal moeten blijken wat ten aanzien van deze kosten is afgesproken. Voor de rechtbank is van belang dat voldoende verzekerd is dat de kosten daadwerkelijk worden voldaan. Uit het verzoekschrift zal daarom ook moeten blijken of de schuldeisers bereid zijn om zekerheid te stellen of om een voorschot te betalen (vergelijk het huidige artikel 371, tiende lid, laatste zin, Fw). De rechtbank is niet gebonden aan de zienswijze die in het verzoekschrift wordt gegeven ten aanzien van het salaris van de herstructureringsdeskundige en het bedrag dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd ten hoogste mogen kosten. De rechtbank stelt zowel dit salaris als dit bedrag zelfstandig vast en kan ook een hoger of lager salaris of bedrag vaststellen dan in het verzoekschrift wordt genoemd. Overweegt de rechtbank om een hoger salaris of een hoger bedrag vast te stellen dan genoemd in het verzoekschrift, dan zal de rechtbank wel eerst moeten vaststellen of er ook onder die omstandigheden nog steeds steun bestaat bij de meerderheid van de schuldeisers voor het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Gaat het om een hoger bedrag, dan zal ook duidelijk moeten zijn welke schuldeisers deze hogere kosten voor hun rekening zullen nemen. Blijkt dat het verzoek niet langer door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund, dan zal de rechtbank het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige niet, althans niet op de grond dat dit gesteund wordt door de meerderheid van de schuldeisers, kunnen toewijzen. Het is dus aan de verzoeker om in het verzoek voldoende duidelijk te maken onder welke condities er steun bij de meerderheid van de schuldeisers bestaat.

Verzoekt de herstructureringsdeskundige gedurende het proces om verhoging van het bedrag dat zijn werkzaamheden ten hoogste mogen kosten, dan geldt op grond van het huidige recht dat de rechtbank degene die om de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige heeft verzocht, in de gelegenheid stelt een zienswijze te geven (artikel 371, vijfde lid, in verbinding met het tiende lid, Fw). De rechtbank zal het verzoek in beginsel enkel kunnen toewijzen als uit deze zienswijze blijkt dat de schuldeisers ook bereid zijn deze extra kosten te dragen. Bij een verhoging van dit bedrag is immers niet langer voldaan aan de voorwaarden waaronder de meerderheid van de schuldeisers heeft ingestemd met het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige – met uitzondering uiteraard van de situatie dat de meerderheid in dit verzoek reeds op voorhand met een dergelijke verhoging heeft ingestemd. Ook gedurende het traject hebben de schuldeisers daarmee voldoende mogelijkheid om aan te sturen op een efficiënte behandeling door de herstructureringsdeskundige. Overigens is, anders dan bij het aanvankelijke verzoek tot aanstelling van de herstructureringsdeskundige, niet vereist dat de rechtbank vaststelt dat de meerderheid van de schuldeisers instemt met de verhoging van het bedrag dat kan worden uitgegeven in het kader het traject om het akkoord tot stand te brengen. Het is al voldoende als blijkt dat één schuldeiser zich bereid verklaart tot betaling van deze extra kosten en, als de rechtbank dit verlangt, hiervoor zekerheid stelt of een voorschot stort. Aangezien de condities waaronder de overige schuldeisers hebben ingestemd met het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige in dat geval niet zijn veranderd waar het hun eigen positie betreft, is hernieuwde instemming van deze schuldeisers niet vereist.

Onderdeel D

Artikel 42a Fw

Op grond van artikel 42 Fw kan de curator rechtshandelingen die de schuldenaar voorafgaand aan het faillissement onverplicht heeft verricht en waardoor schuldeisers zijn benadeeld, vernietigen («*faillissementspauliana*»). Artikel 42a Fw vormt hierop een uitzondering. De huidige bepaling ziet op situaties waarin het tijdens de onderhandelingen over een akkoord noodzakelijk is om bepaalde rechtshandelingen te verrichten zodat de onderneming kan worden voortgezet. Het artikel biedt de schuldenaar de mogelijkheid om de rechter te vragen om een machtiging voor het verrichten van dergelijke rechtshandelingen. Het gevolg van deze machtiging is dat de desbetreffende rechtshandelingen niet door de curator kunnen worden vernietigd op basis van artikel 42 Fw als er alsnog een faillissement volgt. Het huidige artikel 42a Fw biedt bescherming aan rechtshandelingen die «*noodzakelijk* [zijn] (...) *om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van een akkoord te kunnen blijven voortzetten*». Om zeker te stellen dat niet alleen een machtiging kan worden gevraagd voor rechtshandelingen die direct betrekking hebben op de *voortzetting van de onderneming* tijdens de voorbereiding van een akkoord, maar ook voor rechtshandelingen die met name verband houden met de *voorbereiding van het akkoord zelf*, wordt artikel 42a Fw aangevuld. Uitdrukkelijk vermeld wordt dat ook een machtiging gevraagd kan worden voor rechtshandelingen die noodzakelijk zijn om een akkoord te kunnen voorbereiden, in stemming te kunnen brengen of overeenkomstig artikel 384 Fw door de rechtbank te kunnen laten homologeren. Artikel 42a Fw voldoet daarmee aan de artikelen 17 en 18 van de richtlijn, op grond waarvan de lidstaten er onder meer voor moeten zorgen dat tussentijdse financiering en andere transacties, voor zover die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn ter ondersteuning van de onderhandelingen over een akkoord, niet aangetast kunnen worden in een later faillissement. In artikel 18 lid 4 van de richtlijn wordt een aantal transacties genoemd waarvoor dit in ieder geval geldt, waaronder de inschakeling van externe deskundigen die kunnen adviseren bij de voorbereiding van het akkoord.

Aan artikel 42a Fw wordt voorts een tweede lid toegevoegd, waarin bepaald is dat de artikelen 369, zevende tot en met tiende lid, en 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, en veertiende lid, Fw op deze bepaling van overeenkomstige toepassing zijn. De WHOA voorziet in twee procedures waarbinnen een akkoord tot stand kan worden gebracht, namelijk een besloten akkoordprocedure buiten faillissement en een openbare akkoordprocedure buiten faillissement. Diegene die de akkoordprocedure initieert maakt de keuze voor één van deze procedures. Voor welke procedure wordt gekozen, moet in ieder geval duidelijk zijn als de rechter voor het eerst wordt betrokken bij de poging om een akkoord tot stand te brengen. Zoals ook in de toelichting bij de WHOA valt te lezen, kan dit het moment zijn dat een verzoek op de voet van artikel 42a Fw wordt gedaan.[56] Door overeenkomstige toepassing verklaring van artikel 371, tweede lid, eerste, tweede en vijfde zin, Fw wordt nu geëxpliciteerd dat de schuldenaar in dat geval in het verzoek zal moeten vermelden voor welke procedure hij kiest. Bovendien zal het verzoek in die situatie zodanige gegevens moeten bevatten dat de rechter kan beoordelen of hem rechtsmacht toekomt. Kiest de schuldenaar voor de openbare akkoordprocedure, dan zal hij, zodra de rechter een beslissing heeft genomen, aan de griffier van de rechtbank Den Haag het in artikel 370, vierde lid, Fw bedoelde verzoek moeten doen. Doordat artikel 369,

[56] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 37

zevende en achtste lid, Fw van overeenkomstige toepassing is verklaard, wordt verduidelijkt dat de rechter zijn bevoegdheid beoordeelt aan de hand van dezelfde regels als die gelden bij andere verzoeken die in het kader van een WHOA-traject worden gedaan. Uit de toelichting bij de WHOA blijkt dat het de bedoeling is dat verzoeken aan de rechter in de besloten akkoordprocedure in raadkamer worden behandeld.[57] Daarnaast blijkt uit deze toelichting dat tegen beslissingen van de rechter in het kader van de openbare en besloten akkoordprocedures geen hoger beroep of cassatie openstaat. Dit is gerechtvaardigd en noodzakelijk omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie.[58] Een en ander geldt ook voor verzoeken op de voet van artikel 42a Fw. Door overeenkomstige toepassing van artikel 369, negende en tiende lid, is verduidelijkt dat dit steeds de bedoeling is geweest. Als de rechtbank haar bevoegdheid ontleent aan de Insolventieverordening, wordt in de beschikking vermeld of het een hoofdinsolventieprocedure dan wel een territoriale insolventieprocedure in de zin van de verordening betreft. Dit volgt uit het feit dat artikel 371, veertiende lid, van overeenkomstige toepassing is verklaard. Belanghebbende schuldeisers die niet eerder in staat zijn gesteld hun zienswijze kenbaar te maken, kunnen deze beslissing dan nog aanvechten op grond van het ontbreken van internationale bevoegdheid.

Onderdeel F

Artikel 110, derde lid, Fw

Het huidige artikel 110, derde lid, Fw regelt de indiening van vorderingen bij de curator in de situatie dat de curator een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:907, eerste lid, BW heeft gesloten die door de rechter verbindend is verklaard. Het gaat hier om een vaststellingsovereenkomst tot vergoeding van massaschade; de Wet collectieve afwikkeling massaschade (WCAM) heeft het mogelijk gemaakt een dergelijke overeenkomst verbindend te verklaren voor personen aan wie de schade is veroorzaakt. Alleen voor gerechtigden tot een vergoeding onder de overeenkomst die een zogenaamde mededeling tot «opt-out» als bedoeld in artikel 7:908, tweede lid, BW hebben gedaan, heeft deze verbindendverklaring geen gevolg.[59] Het huidige artikel 110, derde lid, Fw, bepaalt dat als de curator een dergelijke verbindend verklaarde «WCAM-overeenkomst» heeft gesloten, de gerechtigden onder de overeenkomst die geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid tot opt-out, hun vordering krachtens de overeenkomst uitsluitend kunnen indienen op de wijze als in deze overeenkomst is bepaald. Gelet op artikel 28, onderdeel a van de richtlijn, wordt hier nu aan toegevoegd dat de overeenkomst in ieder geval voorziet in de mogelijkheid tot indiening van vorderingen met behulp van een elektronisch communicatiemiddel. Artikel 28, onderdeel a van de richtlijn vereist namelijk dat schuldeisers in insolventieprocedures de mogelijkheid hebben om hun vorderingen via elektronische weg in te dienen. In de WCAM-overeenkomst kan, om te voldoen aan deze bepaling, bijvoorbeeld een bepaald mailadres worden vermeld waar gerechtigden hun vordering kunnen indienen. Naast de indiening via elektronische weg, kan de overeenkomst voorzien in andere mogelijkheden tot indiening van een vordering, zoals indiening via de post.

[57] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 6, 31.
[58] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 17–18, 33.
[59] *Stb.* 2005, 340.

Onderdelen G, U, CC en KK

Artikelen 142, 256, tweede lid, 281c, 281e, vierde lid, 322 en 348 Fw

Op grond van artikel 28, onderdeel c van de richtlijn dient kennisgeving aan schuldeisers met behulp van elektronische communicatiemiddelen mogelijk te zijn. Met het oog hierop worden in verschillende bepalingen de woorden «bij brieven» vervangen door het woord «schriftelijk». Daarmee wordt verduidelijkt dat de bewindvoerder in de surseance van betaling en de bewindvoerder in de WSNP de mogelijkheid hebben om berichten aan schuldeisers op andere wijze dan «op papier» te versturen, bijvoorbeeld per e-mail. De Wet modernisering faillissementsprocedure had deze terminologische aanpassing voor het faillissement al doorgevoerd. In de titel inzake het faillissement was alleen in artikel 142 Fw «bij brieven» blijven staan; nu wordt dit alsnog gewijzigd in «schriftelijk». In artikel 281c Fw wordt «bij brieven» niet vervangen door het woord «schriftelijk», maar wordt «dan wel schriftelijk» toegevoegd, zodat dit artikel straks spreekt over «bij brieven dan wel schriftelijk». De reden is dat dit artikel niet alleen verwijzingen bevat naar bepalingen die zien op de kennisgeving *door de bewindvoerder*, maar ook verwijst naar artikel 215 Fw dat ziet op de oproeping *door de griffier*. Voor deze oproeping door de griffier blijft ingevolge artikel 215, tweede lid, Fw gelden dat deze geschiedt «bij brieven» (vergelijk artikel 271 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, zoals dit geldt in geval van niet-digitaal procederen). Zoals in paragraaf 3.3 van het algemene deel van deze toelichting is toegelicht, kan ook een dergelijke oproeping elektronisch geschieden als aan de voorwaarden van artikel 33 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering is voldaan. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om enkele onjuiste verwijzingen in artikel 281c Fw te corrigeren.

Onderdelen J, M – R, T, V – BB, DD en EE

Artikelen 216, 218, eerste lid, 223a, 224, 225, tweede lid, 227, tweede lid, 230, tweede lid, 241a, eerste en tweede lid, 241c, eerste lid, 242, eerste lid, 255, eerste en derde lid, 264, eerste lid, 265, vijfde lid, 267, 268a, 269, eerste lid, 269a, 270, 271, eerste lid, 277, 278, eerste lid, 281e, vijfde lid, en 283, eerste lid, Fw

Artikel 27 van de richtlijn vereist dat lidstaten voorzien in gepast toezicht op de functionarissen die benoemd zijn in het kader van – kort gezegd – een insolventieprocedure. Dit toezicht moet waarborgen dat deze functionarissen hun werkzaamheden doeltreffend, bekwaam en op onpartijdige en onafhankelijke wijze verrichten. Het huidige artikel 223a Fw geeft de rechtbank de bevoegdheid om in het kader van een surseance van betaling één van haar leden tot rechter-commissaris te benoemen. Met het oog op artikel 27 van de richtlijn wordt dit artikel aldus aangepast, dat bij de voorlopige verlening van de surseance steeds benoeming van een rechter-commissaris plaatsvindt. Dit is in overeenstemming met hetgeen in de praktijk al gebruikelijk is. Daarnaast is toegevoegd dat de rechter-commissaris de bewindvoerders niet alleen adviseert, maar dat hij ook toezicht houdt op de vervulling van hun taken. Daarmee wordt gewaarborgd dat, in overeenstemming met artikel 27 van de richtlijn, er voldoende toezicht is op het functioneren van de bewindvoerder. Indien de rechter-commissaris meent dat een bewindvoerder zijn taak niet behoorlijk vervult, kan hij op grond van artikel 224, tweede lid, Fw bij de rechtbank een voordracht doen tot ontslag. Bovendien wordt het, net als in het faillissement, mogelijk gemaakt om meerdere rechters-commissarissen te benoemen. Dit draagt bij aan specialisatie binnen de rechterlijke macht en bevordert eveneens het toezicht in omvangrijke of

complexe zaken.[60] Overeenkomstig hetgeen bij faillissement geldt (zie artikel 14b Fw), wordt in een nieuw tweede lid van artikel 223a bepaald dat als de rechtbank meerdere rechters-commissarissen benoemt, zij zowel afzonderlijk als tezamen bevoegd zijn om de in de Faillissementswet genoemde bevoegdheden uit te oefenen.

De onderdelen J, N – R, T, V – BB, DD en EE passen andere bepalingen in de regeling van de surseance van betaling aan deze wijziging aan. Voor de regeling van het akkoord betekent het feit dat in iedere surseance van betaling een rechter-commissaris wordt benoemd, dat raadpleging en stemming over het akkoord steeds ten overstaan van de rechter-commissaris plaats vindt en zich niet langer de situatie voor kan doen dat dit in raadkamer geschiedt. Om deze reden kan artikel 270 Fw vervallen.

Onderdelen K, L, GG, HH, II en NN

Artikelen 222a, eerste en vierde lid, 222b, eerste lid, 294, eerste en vierde lid, 294a, eerste lid, 315, derde lid, en 370, vierde lid, Fw

Deze onderdelen houden verband met artikel 28 van de richtlijn, dat de verplichting voor lidstaten inhoudt om ervoor te zorgen dat bepaalde handelingen in insolventieprocedures via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Deze onderdelen introduceren voor de surseance van betaling en de WSNP een grondslag waarmee bij algemene maatregel van bestuur stukken kunnen worden aangewezen die in de insolventieregisters moeten worden geplaatst. Voor de WSNP wordt de mogelijkheid gecreëerd om bij algemene maatregel van bestuur beschikkingen van de rechter-commissaris en de rechtbank aan te wijzen die standaard in worden geschreven in de registers. Vergelijkbare grondslagen bestaan al voor het faillissement. Zij zijn in de Faillissementswet opgenomen als gevolg van de Wet modernisering faillissementsprocedure. Reden voor deze maatregelen in het kader van het faillissement was om de toegankelijkheid tot informatie voor schuldeisers te verbeteren door alle relevante informatie zoveel mogelijk op één plek beschikbaar te stellen, namelijk in het Centrale Insolventieregister dat online te raadplegen valt.[61] Deze doelstelling sluit daarmee aan bij die van artikel 28, onderdeel c van de richtlijn, dat vereist dat kennisgeving van schuldeisers via elektronische communicatiemiddelen mogelijk is. Het is dus in lijn met deze bepaling om vergelijkbare grondslagen voor de surseance van betaling en de WSNP te introduceren. Daarmee bestaat straks ook voor deze procedures de mogelijkheid om bij algemene maatregel van bestuur stukken aan te wijzen die in de insolventieregisters worden opgenomen, mocht daar behoefte aan blijken te bestaan. Eventuele opname van stukken in de insolventieregisters vindt plaats in afstemming met de Raad voor de rechtspraak.

De wijziging van artikel 370, vierde lid, Fw is technisch van aard. In deze bepaling wordt nu nog verwezen naar «de registers, bedoeld in de artikelen 19 en 19a». Met de al genoemde Wet modernisering faillissementsprocedure zijn voor het faillissement de decentrale registers komen te vervallen en is nog sprake van één centraal register (het Centrale Insolventieregister).

[60] Vgl. Kamerstukken II 2016/17, 34 740, nr. 3, p. 9.
[61] Kamerstukken II 2016/17, 37 740, nr. 3, p. 5–6.

Onderdeel N

Artikel 224, tweede lid, Fw

Uit artikel 26 lid 1, onder d van de richtlijn volgt dat schuldenaren en schuldeisers bezwaar moeten kunnen maken tegen de selectie of aanstelling van een functionaris of om diens vervanging moeten kunnen verzoeken. Op grond van artikel 224, tweede lid, Fw hebben schuldeisers wel de bevoegdheid om te verzoeken om het ontslag en de vervanging van een bewindvoerder die is benoemd in het kader van een surseance van betaling, maar de schuldenaar niet. In dit onderdeel wordt deze bevoegdheid ook aan de schuldenaar toegekend. Dit sluit aan bij hetgeen in faillissement en in de WSNP geldt, waar aan de schuldenaar reeds de mogelijkheid is toegekend om te verzoeken om het ontslag van de curator of de bewindvoerder (zie de artikelen 73 en 319 Fw).

Onderdeel LL

Artikel 349a Fw

In afwijking van de hoofdregel dat de schuldsaneringsregeling een looptijd heeft van drie jaar waarna in beginsel kwijtschelding wordt verleend, kan de rechter dan wel de rechter-commissaris op grond van artikel 349a Fw de looptijd verlengen tot 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 naar behoren gerechtvaardigd is (zie artikel 23 leden 2 en 3 van de richtlijn).

In het huidige artikel 349a, eerste lid, Fw is bepaald dat de rechter, in afwijking van de gebruikelijke termijn van drie jaar, de termijn van de schuldsaneringsregeling op ten hoogste vijf jaar kan stellen. Als voorwaarde hiervoor geldt dat het leefgeld dat aan de schuldenaar toekomt, overeenkomstig artikel 295, derde lid, Fw wordt verhoogd. Dit eerste lid ziet dus op het vaststellen van een langere termijn bij aanvang van de schuldsaneringsregeling. Deze bepaling bevat echter niet de gronden waarop de rechter over kan gaan tot het stellen van een langere termijn. In de praktijk vindt de vaststelling van een langere termijn bij aanvang van de schuldsaneringsregeling onder meer plaats vanwege de aard van de schulden. Het gaat dan bijvoorbeeld om gevallen waarin de schuldenaar niet voldoet aan een van de voorwaarden om toegelaten te worden tot de WSNP, namelijk de voorwaarde dat hij te goeder trouw is geweest ten aanzien van het ontstaan of het onbetaald laten van al zijn schulden. De rechter kan de schuldenaar met toepassing van de hardheidsclausule van artikel 288, derde lid, Fw dan toch toelaten tot de WSNP en besluiten om – gelet op de aard van bepaalde schulden – wel een langere looptijd van de schuldsaneringsregeling vast te stellen. In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, eerste lid, Fw expliciet bepaald dat de rechter de termijn op ten hoogste vijf jaar kan stellen als de aard van de schulden daartoe aanleiding geeft. Op dit moment is er een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig waarin wordt voorgesteld om ook ten aanzien van een andere weigeringsgrond een uitzonderingsmogelijkheid te introduceren op grond waarvan de rechter een schuldenaar toch toe kan laten. Dit betreft de bepaling dat een schuldenaar die al eens gebruik heeft gemaakt van de WSNP binnen tien jaar niet nog eens tot die regeling kan worden toegelaten (zie artikel 288, tweede lid,

onder d, Fw).[62] Mocht dit wetsvoorstel worden aangenomen, dan is ook bij toepassing van deze uitzonderingsmogelijkheid denkbaar dat de rechter, vanwege de aard van de schulden, daarbij wel een langere termijn voor de schuldsaneringsregeling vaststelt.

In de praktijk vindt de vaststelling van een langere termijn bij aanvang van de schuldsaneringsregeling daarnaast plaats in gevallen waarin de schuldenaar niet aan al de verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling kan voldoen. Een voorbeeld is het geval dat de schuldenaar op het moment van toelating tot de schuldsaneringsregeling een opleiding volgt die binnen enkele maanden afgerond zal zijn, waardoor hij niet direct fulltime kan werken. De schuldenaar kan dan op het moment van toelating nog niet volledig voldoen aan zijn inspanningsverplichting om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven (zie artikel 288, eerste lid, onder c, Fw), terwijl de verwachting bestaat dat hij hier binnen afzienbare termijn wel toe in staat is. In plaats van toelating tot de schuldsanering te weigeren, komt het in de praktijk voor dat de rechter in een dergelijk geval de schuldenaar toelaat tot de regeling onder vaststelling van een langere termijn. In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, eerste lid, voorts bepaald dat de rechter een langere termijn kan stellen als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Het stellen van een langere termijn voor de schuldsaneringsregeling is op deze grond alleen mogelijk als sprake is van een of enkele specifieke verplichtingen waaraan de schuldenaar niet kan voldoen; aan de overige verplichtingen die voortvloeien uit de schuldsaneringsregeling is hij nog steeds gebonden. Gelet op de noodzaak een evenwicht te bewaren tussen de belangen van de schuldenaar en die van de schuldeisers (zie ook artikel 23, tweede lid, onderdeel f van de richtlijn), is verlenging op deze grond bovendien alleen mogelijk als aannemelijk is dat deze verlenging een voldoende vorm van compensatie biedt voor het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen door de schuldenaar. Als de verwachting is dat de schuldenaar ernstig te kort zal schieten in de nakoming van zijn verplichtingen, zal de rechter de toegang tot de schuldsanering moeten weigeren.

Het tweede en derde lid van artikel 349a Fw zien op een wijziging van de termijn van de schuldsaneringsregeling gedurende de looptijd van de regeling of aan het einde daarvan. Artikel 349a, tweede lid, Fw bepaalt dat de rechter-commissaris bij schriftelijke beschikking de termijn ambtshalve, dan wel op verzoek van de bewindvoerder, de schuldenaar, of één of meer schuldeisers, kan wijzigen. Ook de rechtbank kan dit blijkens artikel 349a, derde lid, Fw doen in het kader van een procedure op de voet van artikel 350 of 352 Fw. Het kan bij de wijziging van de termijn zowel gaan om een verkorting als een verlenging van de termijn. In artikel 349a, tweede en derde lid, Fw is niet omschreven in welke omstandigheden de rechter tot verlenging van de termijn kan overgaan. Uit artikel 349a, derde lid, Fw volgt echter dat de verlenging van de looptijd van de schuldsaneringsregeling een alternatief kan zijn voor tussentijdse beëindiging op de voet van artikel 350 Fw of voor beëindiging aan het eind van de looptijd zonder toekenning van een schone lei. Ook uit de rechtspraak volgt dat verlenging van de schuldsaneringsregeling mogelijk is op de gronden waarop ook tussentijdse beëindiging of beëindiging aan het einde van de looptijd zonder toekenning van een schone lei mogelijk is. Is de schuldenaar toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van één of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen, dan kan de

[62] Wetsvoorstel tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhulpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 2. Ook met dit wetsvoorstel blijft de WSNP aan de vereisten van de richtlijn voldoen.

rechter dit op basis van artikel 354, tweede lid, Fw buiten beschouwing laten vanwege de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming. Bestaat voor het buiten beschouwing laten van de tekortkoming geen aanleiding, dan kan dit ertoe leiden dat de rechter de schuldenaar een schone lei onthoudt. In plaats daarvan kan de rechter ook besluiten tot verlenging van de schuldsaneringsregeling. Verlenging van de schuldsaneringsregeling aan het einde van de looptijd daarvan is niet mogelijk op andere gronden (HR 30 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:1203). Ook indien zich één van de in art. 350, derde lid, Fw genoemde beëindigingsgronden voordoet, heeft de rechter de bevoegdheid om de toepassing van de schuldsaneringsregeling niet tussentijds te beëindigen, maar met toepassing van art. 349a, derde lid, Fw de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen. Verlenging in plaats van tussentijdse beëindiging is enkel gerechtvaardigd indien de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsaneringsregeling alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. De rechter zal dienen te motiveren waarop deze verwachting is gebaseerd (zie HR 13 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:1949).

In aansluiting hierop wordt nu in artikel 349a, tweede lid, Fw expliciet bepaald dat de rechter-commissaris de termijn kan verlengen als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in één of meer van zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen. Dit criterium geldt zowel voor een verlenging gedurende de looptijd van de termijn, als aan het einde van de looptijd daarvan. Van een toerekenbare tekortkoming is in ieder geval sprake in de gevallen genoemd in artikel 350, derde lid, onderdelen c tot en met f, Fw. Verlenging – zowel gedurende de looptijd als aan het einde van de looptijd van de schuldsaneringsregeling – wordt daarmee op dezelfde gronden mogelijk als waarop ook tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei mogelijk is. Verlenging is immers een minder vergaand alternatief voor tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei, voor die gevallen waarin de verwachting bestaat dat de schuldenaar de schuldsanering alsnog tot een goed einde zal weten te brengen. De rechter heeft daarmee de mogelijkheid om maatwerk toe te passen en te beoordelen welke reactie op een tekortkoming in de specifieke omstandigheden van het geval het meest passend is. Uit het woord «kan» volgt dat de rechter niet verplicht is om gevolgen te verbinden aan iedere toerekenbare tekortkoming. Hij heeft de mogelijkheid om de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, buiten beschouwing te laten (vergelijk, in het kader van de beëindiging van de schuldsaneringsregeling, artikel 354, tweede lid, Fw). Voor verlenging bestaat enkel aanleiding in gevallen waarin ook tussentijdse beëindiging of onthouding van de schone lei in beginsel gerechtvaardigd is. Door in plaats van tussentijdse beëindiging of onthouding van een schone lei te kiezen voor verlenging van de termijn, geeft de rechter de schuldenaar een kans om alsnog aan al zijn verplichtingen uit de schuldsaneringsregeling te voldoen. Voor verlenging van de termijn is echter alleen plaats indien de tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van zodanig gewicht is dat, als de schuldenaar deze verplichtingen ook gedurende de verlengde termijn niet nakomt, dit onthouding van de schone lei rechtvaardigt.

Verlenging van de termijn gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling kan ook aan de orde zijn in een situatie waarin de schuldenaar nog niet tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen, maar wel al van te voren aangeeft dat hij een bepaalde verplichting niet zal kunnen nakomen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de schuldenaar gedurende de looptijd van de schuldsaneringsregeling verzoekt om een korte opleiding te volgen, waardoor hij tijdelijk niet kan voldoen aan zijn inspanningsverplichting om zoveel mogelijk baten voor de boedel te verwerven. Een ander voorbeeld is een geval waarin de schuldenaar

verzoekt om tijdelijk de zorg op zich te nemen voor een ziek familielid, waardoor hij gedurende een bepaalde periode geen of minder inkomsten kan verwerven. In het tweede lid is met het oog hierop bepaald dat de rechter-commissaris de termijn ook kan verlengen als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Ook dit geeft de rechter de ruimte om rekening te houden met de individuele omstandigheden van de schuldenaar. Hij heeft de mogelijkheid om een dergelijk verzoek van de schuldenaar in te willigen, maar daarbij wel de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen. Wel geldt ook hier weer dat, gelet op de noodzaak een evenwicht te bewaren tussen de belangen van de schuldenaar en die van de schuldeisers, aannemelijk moet zijn dat de verlenging een voldoende vorm van compensatie biedt voor het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen door de schuldenaar. Deze verlengingsgrond – namelijk dat de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen – kan onder omstandigheden ook worden gebruikt om de schuldenaar in staat te stellen in zijn woning te blijven wonen. Dit sluit aan bij artikel 23 lid 3 van de richtlijn. Als de schuldenaar een hoge huur heeft, geldt in beginsel dat hij op zoek zal moeten naar goedkopere woonruimte, omdat hij anders niet kan voldoen aan zijn verplichting tot afdracht van inkomsten aan de boedel. Als de specifieke omstandigheden van de schuldenaar hiertoe aanleiding geven, kan de rechter-commissaris de schuldenaar echter toestaan in de woning te blijven wonen door op de voet van artikel 295, derde lid, Fw, het vrij te laten bedrag te verhogen en daarmee de afdrachtverplichting van de schuldenaar te verlichten. Daarbij kan er aanleiding zijn om daarbij wel de termijn van de schuldsaneringsregeling tegelijkertijd te verlengen; op grond van de voorgestelde tekst heeft de rechter-commissaris deze mogelijkheid. De wet sluit voorts niet geheel uit dat van deze verlengingsgrond gebruik wordt gemaakt om een schuldenaar die in een koopwoning met overwaarde woont, in staat te stellen in deze woning te blijven wonen. Het uitgangspunt in de WSNP is dat de eigen woning dient te worden verkocht, zeker als sprake is van overwaarde. Van dit uitgangspunt kan onder meer worden afgeweken als deze overwaarde op een andere wijze dan door verkoop van de woning in de boedel vloeit.[63] Denkbaar is dat de schuldenaar binnen de reguliere looptijd van de schuldsaneringsregeling niet aan deze verplichting kan voldoen om de overwaarde aan de boedel te vergoeden, maar door middel van verlenging hiertoe wel in staat zou zijn. Als sprake is van een te hoge overwaarde – wat al snel het geval zal kunnen zijn – en de schuldenaar ook in geval van verlenging niet in staat is de overwaarde aan de boedel te vergoeden, is verlenging echter geen alternatief voor de verkoop van de woning. De verlenging biedt dan immers geen voldoende vorm van compensatie voor het niet kunnen voldoen aan de verplichtingen door de schuldenaar tijdens de reguliere looptijd van de schuldsaneringsregeling. De woning zal dan verkocht moeten worden. Wel wordt in de jurisprudentie een uitzondering aangenomen op dit uitgangspunt als verkoop op gespannen voet komt te staan met het hoofddoel van de WSNP, namelijk het voorkomen dat een natuurlijke persoon tot in lengte van jaren met zijn schulden achtervolgd kan worden. Het is aan de rechter om in dergelijke gevallen een belangenafweging te maken tussen het belang van de schuldenaar om met een schone lei verder te kunnen en het belang van de schuldeisers om door het te gelde maken van de overwaarde van de woning (een deel van) hun vordering voldaan te krijgen.[64]

[63] Vgl. Rb. Noord-Holland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4974, r.o. 3.2.
[64] Zie Rb. Noord-Holland 6 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:4974, r.o. 3.3.

Aangezien in artikel 349a, derde lid, Fw is bepaald dat de rechtbank de termijn «onder dezelfde voorwaarden» kan wijzigen, zullen voor verlenging door de rechtbank op grond dit derde lid dezelfde criteria gelden als voor verlenging door de rechter-commissaris op grond van artikel 349a, tweede lid, Fw. Ook verlenging door de rechtbank is dus mogelijk als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen, of als de schuldenaar toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen.

De eisen die de richtlijn stelt ten aanzien van de kwijtschelding van schuld, zien alleen op natuurlijke personen die ondernemer zijn. De WSNP heeft een ruimer bereik. Ook natuurlijke personen die geen onderneming drijven kunnen tot deze regeling worden toegelaten. Deze wijziging van artikel 349a Fw ziet ook op alle schuldenaren en niet alleen op schuldenaren die ondernemer zijn.

Onderdeel MM

Artikel 369, eerste, tweede, vierde en elfde lid, Fw

Dit onderdeel wijzigt in de eerste plaats het vierde lid van artikel 369 Fw. Dit lid bepaalde al dat het in deze afdeling bepaalde niet van toepassing is op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Hieraan worden enkele uitzonderingen toegevoegd.

Het nieuwe onderdeel b houdt verband met artikel 1 lid 6 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat preventieve herstructureringsstelsels opgebouwde rechten op bedrijfspensioenen onverlet laten. Doordat werkgevers naar Nederlands recht verplicht zijn om pensioenovereenkomsten met hun werknemers onder te brengen bij een pensioenuitvoerder of een andere instelling bedoeld in artikel 23, eerste lid, Pensioenwet, verwerven werknemers over het algemeen pensioenaanspraken jegens een dergelijke instelling en niet jegens de werkgever zelf. Een WHOA-traject waarbij de schulden van de werkgever worden geherstructureerd, heeft in beginsel dan ook geen gevolgen voor pensioenaanspraken en -rechten van werknemers, gewezen werknemers, hun partners en gewezen partners. Dit kan bijvoorbeeld anders zijn waar het de directeur-grootaandeelhouder van een vennootschap betreft. Tot 1 juli 2017 had een directeur-grootaandeelhouder de mogelijkheid om een pensioen in eigen beheer op te bouwen.[65] Als gevolg hiervan kunnen een (gewezen) directeur-grootaandeelhouder en zijn partner of gewezen partner wel pensioenaanspraken of -rechten jegens de vennootschap zelf hebben. Om deze reden wordt aan het vierde lid van artikel 369 Fw toegevoegd dat de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord niet van toepassing is op vorderingen ter zake van reeds vervallen of in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen. Nu ook anderen dan de werknemers van de schuldenaar, zoals partners, dergelijke pensioenvorderingen kunnen hebben, is hierbij niet steeds sprake van «rechten van werknemers». Daarnaast wordt in dit lid verduidelijkt dat onder rechten van werknemers, zoals bedoeld in onderdeel a van artikel 369, vierde lid, Fw, mede worden verstaan vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan, kort gezegd, een pensioenuitvoerder of een soortgelijke instelling. Werkgevers betalen, ter verwerving van pensioenaanspraken voor hun werknemers, pensioenpremie aan een pensioenuitvoerder of een andere

[65] Deze mogelijkheid is komen te vervallen als gevolg van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, *Stb.* 2017, 115.

instelling als bedoeld in artikel 23, eerste lid, Pensioenwet. Deze premie kan bestaan uit een werkgeversdeel en een werknemersdeel. Het werknemersdeel wordt ingehouden op het loon van de werknemer en door de werkgever afgedragen aan de pensioenuitvoerder. Werknemers hebben een zelfstandige vordering jegens hun werkgever tot afdracht van de premie aan de pensioenuitvoerder; dit geldt zowel voor het werkgeversdeel als het werknemersdeel. Deze vordering heeft dus te gelden als een recht van de werknemer uit arbeidsovereenkomst. Omdat hier in de praktijk onduidelijkheid over bleek te bestaan, wordt dit nu expliciet bepaald in artikel 369, vierde lid, Fw.[66] Daarmee staat vast dat vorderingen tot betaling van pensioenpremie niet kunnen worden gewijzigd in het kader van een akkoord op grond van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Verzekerd is hierdoor dat de pensioenopbouw van werknemers niet in gevaar komt als gevolg van een dergelijk akkoord. Dit sluit aan bij artikel 1 lid 6 van de richtlijn, dat strekt ter bescherming van pensioenaanspraken. In de nieuwe bepaling wordt voor de instelling waaraan de pensioenpremie door de werkgever betaald moet worden, verwezen naar een pensioenuitvoerder, een pensioeninstelling uit een andere lidstaat of een verzekeraar met zetel buiten Nederland als bedoeld in artikel 23, eerste lid, van de Pensioenwet. Daarnaast is rekening gehouden met de situatie dat de pensioenovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer niet beheerst wordt door Nederlands recht, maar door het recht van een ander land. Voor dat geval worden soortgelijke buitenlandse instellingen aan de in artikel 23, eerste lid, Pensioenwet genoemde instellingen gelijk gesteld.[67]

Artikel 31, eerste lid, onderdeel b van de richtlijn bepaalt dat de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten[68] van toepassing is ondanks de richtlijn. Met het oog hierop worden in onderdeel c financiëlezekerheidsovereenkomsten uitgezonderd van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Hiermee wordt verduidelijkt dat de zekerheidsrechten die voortvloeien uit een financiëlezekerheidsovereenkomst niet kunnen worden gewijzigd door een akkoord in de zin van artikel 370, eerste lid, Fw. Bovendien volgt uit deze uitzondering dat de afkoelingsperiode van artikel 376 Fw geen gevolgen heeft voor een bevoegdheid tot verhaal die voortvloeit uit een financiëlezekerheidsovereenkomst. Daarmee wordt verzekerd dat een financiëlezekerheidsovereenkomst conform de daarin vervatte bepalingen in werking kan treden ondanks het feit dat er een WHOA-traject loopt en een afkoelingsperiode is afgekondigd (zie artikel 4, vijfde lid, van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten). In de huidige wet is artikel 241d Fw van overeenkomstige toepassing verklaard op de afkoelingsperiode in het kader van een WHOA-traject; ook daaruit blijkt al dat goederen die uit hoofde van een financiëlezekerheidsovereenkomst zijn verpand, zijn uitgezonderd van de werking van de afkoelingsperiode. Nu in dit wetsvoorstel gekozen is voor een algemene uitzondering voor financiële-

---

[66] Zie Rb. Amsterdam 23 augustus 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:4475, waarin de rechtbank de Hoge Raad vraagt om een prejudiciële beslissing over deze kwestie. In haar conclusie van 6 december 2021 (ECLI:NL:PHR:2021:1152) in deze zaak concludeert A-G De Bock dat op grond van art. 369 lid 4 Fw de WHOA-regeling niet van toepassing is op achterstallige pensioenpremies van bedrijfstakpensioenfondsen.

[67] Welk recht van toepassing is op de pensioenovereenkomst dient te worden vastgesteld aan de hand van Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I) (PbEU 2008, L 177). Deze verordening is onder meer van toepassing op arbeidsovereenkomsten en kent hiervoor een speciale bepaling. Aangezien pensioenovereenkomsten gezien kunnen worden als onderdeel van de arbeidsvoorwaarden, kan de verordening ook worden toegepast op pensioenovereenkomsten. Zie ook, ten aanzien van de voorloper van de Rome I-verordening, het EVO-verdrag, Kamerstukken II 2005/06, 30 413, nr. 3, p. 21.

[68] Richtlijn 2002/47/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juni 2002 betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten (PbEG 2002, L 168)

zekerheidsovereenkomsten, bestaat aan deze specifieke uitzondering enkel ten aanzien van de afkoelingsperiode niet langer behoefte. Deze uitzondering vervalt (zie artikel I, onderdeel RR). Naast financiëlezekerheidsovereenkomsten, zondert onderdeel c ook verrekenbedingen in de zin van artikel 7:51 BW uit van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Voor zover een dergelijk verrekenbeding onderdeel is van een financiëlezekerheidsovereenkomst, is deze afzonderlijke uitzondering voor verrekenbedingen niet nodig. Uit de definitie van het begrip «verrekenbeding» in artikel 7:51 BW blijkt echter dat een verrekenbeding in de zin van deze bepaling niet steeds in de financiëlezekerheidsovereenkomst zelf hoeft te zijn opgenomen. Het kan ook gaan om een beding dat is opgenomen in een overeenkomst waarvan een financiëlezekerheidsovereenkomst deel uitmaakt of om een wettelijk verrekenbeding. Ook voor verrekenbedingen die niet zijn opgenomen in de financiëlezekerheidsovereenkomst zelf geldt dat zij worden uitgezonderd van de reikwijdte van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord. Door deze uitzondering staat artikel 373, derde en vierde lid, Fw niet in de weg aan een beroep op een verrekenbeding in de zin van artikel 7:51 BW. Daarmee wordt, in overeenstemming met artikel 7 van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten, verzekerd dat dergelijke verrekenbedingen niettegenstaande een WHOA-traject rechtsgevolg kunnen hebben. Om misverstanden uit te sluiten wordt opgemerkt dat de richtlijn noch deze uitzondering in het vierde lid van artikel 369 Fw aanleiding geeft om voor het faillissement en de surseance van betaling ook in een dergelijke expliciete uitzondering te voorzien. Reeds ten tijde van de implementatie van de richtlijn betreffende financiëlezekerheidsovereenkomsten is geconstateerd dat een wetswijziging niet nodig is om te verzekeren dat verrekenbedingen overeenkomstig artikel 7 van die richtlijn kunnen worden uitgeoefend, ook in faillissement en de surseance van betaling.[69]

Met onderdeel d wordt uitvoering gegeven aan artikel 9 van de Finaliteitsrichtlijn[70], op grond waarvan de zakelijke zekerheden van deelnemers in een betalings- en afwikkelingssysteem niet mogen worden aangetast door insolventieprocedures tegen andere deelnemers. De WHOA-regeling kwalificeert als een dergelijke insolventieprocedure (zie de definitie van dit begrip in artikel 212a, onderdeel k, Fw, dat dient ter implementatie van de Finaliteitsrichtlijn). Blijkens artikel 31, eerste lid, onderdeel a van de richtlijn is de Finaliteitsrichtlijn van toepassing ondanks de richtlijn. Doordat met dit nieuwe onderdeel d de bevoegdheden als bedoeld in artikel 212b, tweede lid, Fw worden uitgezonderd van de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord, wordt verduidelijkt dat deze bevoegdheden niet kunnen worden gewijzigd in een akkoord als bedoeld in artikel 370, eerste lid, Fw. Bovendien volgt hieruit dat de afkoelingsperiode van artikel 376 Fw niet geldt voor deze bevoegdheden. Ook voor de afkoelingsperiode in faillissement en de surseance van betaling geldt al een dergelijke uitzondering (zie de artikelen 212b, tweede lid, en 281 g Fw). In de huidige WHOA-regeling is al gewaarborgd dat de zakelijke zekerheden van de in artikel 212b lid 2 Fw genoemde partijen niet worden aangetast door de afkoelingsperiode doordat deze partijen om een machtiging kunnen vragen als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onderdeel a, Fw. Nu nog wordt dit bereikt doordat de rechter in deze gevallen niet anders kan dan deze partijen de machtiging verlenen.[71] Daarmee voldoet de WHOA-regeling reeds aan de Finaliteitsrichtlijn. Door

---

[69] Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 138, nr. 3, p. 10–11.

[70] Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen (PbEG 1998, L 166).

[71] Vgl. Kamerstukken I 2020/21, 35 249, C, p. 11.

de introductie van dit onderdeel blijkt straks expliciet dat de genoemde partijen, ondanks de afkoelingsperiode, de bevoegdheden als bedoeld in artikel 212b, tweede lid, Fw kunnen uitoefenen. Met de hier voorgestelde wijziging behoeft de weg van de machtiging niet langer te worden bewandeld om hetzelfde resultaat te bereiken. Met onderdeel d wordt tevens expliciet gemaakt dat de WHOA-regeling geen afbreuk doet aan de in artikel 212b, derde lid, Fw genoemde overboekingsopdracht, opdracht tot verrekening en enige uit een dergelijke opdracht voortvloeiende betaling, levering, verrekening of andere rechtshandeling die benodigd is om de opdracht volledig uit te voeren. Daarmee wordt de onherroepelijkheid van dat soort opdrachten gewaarborgd.[72]

Dit onderdeel voegt ook een nieuw elfde lid toe aan artikel 369 Fw. Daarmee wordt artikel 31, eerste lid, onderdeel c, en tweede lid van de richtlijn geïmplementeerd. In de eerste plaats blijkt uit dit nieuwe elfde lid dat het bepaalde in de afdeling inzake de homologatie van een onderhands akkoord geen afbreuk doet aan het bepaalde in Verordening (EU) nr. 648/2012.[73] Deze verordening heeft als doel om de handel in derivaten transparanter te maken en de risico's hiervan te beperken. De verordening bevat hiertoe onder meer regels voor het afwikkelen van derivaten door een centrale tegenpartij. Deze centrale tegenpartij moet aan verschillende vereisten voldoen, zoals vereisten omtrent scheiding en overdraagbaarheid van activa en procedures in geval van wanbetaling.[74] Deze voorschriften en de andere bepalingen van de verordening gelden tijdens een WHOA-traject onverkort. Als gevolg van de omzetting in Nederland van Richtlijn (EU) 2015/2366 betreffende betalingsdiensten in de interne markt[75] en Richtlijn 2009/110/EG betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld[76] gelden er voorschriften inzake de bescherming van geldmiddelen voor betaalinstellingen respectievelijk elektronischgeldinstellingen. Uit het elfde lid blijkt dat het bepaalde in de afdeling omtrent de homologatie van een onderhands akkoord geen afbreuk doet aan deze voorschriften.

De toevoeging van een omschrijving van het begrip «MKB-onderneming» in artikel 369, eerste lid, Fw is technisch van aard en heeft vooral als doel om de leesbaarheid van de artikelen 371, vijftiende lid (nieuw), en 383, tweede lid, Fw te vergemakkelijken. Op grond van dit wetsvoorstel komt het huidige artikel 381, tweede lid, Fw te vervallen (zie artikel I, onderdeel UU). De tekst van artikel 369, tweede lid, is op deze wijziging aangepast.

Onderdeel OO

Artikel 371, eerste lid, Fw

Artikel 9 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructure-

---

[72] Vgl. artikel 3 van de Finaliteitsrichtlijn.

[73] Verordening (EU) nr. 648/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende otc-derivaten, centrale tegenpartijen en transactieregisters (PbEU 2012, L 201)

[74] Zie o.a. de artikelen 39 en 48 van de Verordening.

[75] Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG (PbEU 2015, L 337).

[76] Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (PbEU 2009, L 267).

ringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen. Dit betekent in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures dat de schuldenaar, ook als er een herstructureringsdeskundige is aangewezen die de ontwikkeling van een akkoord ter hand neemt, de mogelijkheid moet hebben een eigen akkoord in stemming te brengen. In de WHOA-regeling is hierin als volgt voorzien. Artikel 371, eerste lid, Fw stelt voorop dat, zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt, de schuldenaar zelf geen akkoord kan aanbieden aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Vervolgens is echter bepaald dat de schuldenaar dit wel via de herstructureringsdeskundige kan doen. De schuldenaar kan een door hemzelf opgesteld akkoord aan de herstructureringsdeskundige overhandigen met het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen (artikel 371, eerste lid, vierde en vijfde zin, Fw). Gelet op artikel 9 lid 1 van de richtlijn, scherpt dit onderdeel de tekst van deze vijfde zin nu iets aan om te verduidelijken dat de herstructureringsdeskundige verplicht is om te voldoen aan dit verzoek van de schuldenaar. Bepaald wordt dat de herstructureringsdeskundige op een door hem nader te bepalen wijze en binnen een door hem te bepalen termijn tegemoet komt aan het verzoek van de schuldenaar. Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, zal de herstructureringsdeskundige echter aan het verzoek van de schuldenaar moeten voldoen en het akkoord van de schuldenaar in stemming moeten brengen. Wel maakt de in dit onderdeel voorgestelde tekst duidelijk dat het aan de herstructureringsdeskundige is om te bepalen op welke wijze en wanneer het akkoord aan de stemgerechtigden wordt voorgelegd. Dit biedt de herstructureringsdeskundige de mogelijkheid om het traject te coördineren en het akkoord van de schuldenaar bijvoorbeeld tegelijkertijd met een akkoord dat door hemzelf is voorbereid in stemming te brengen. Daarbij geldt wel dat de herstructureringsdeskundige in het oog dient te houden dat de schuldenaar een effectieve mogelijkheid moet hebben om zijn akkoord aan te bieden. De herstructureringsdeskundige mag bijvoorbeeld het in stemming brengen van het akkoord niet zo lang uitstellen, dat het akkoord in feite geen kans van slagen meer heeft. Het past bovendien bij de rol van de herstructureringsdeskundige dat hij ook over de condities waaronder hij het akkoord in stemming brengt, met de schuldenaar in gesprek gaat.

Onderdelen OO, UU en XX

Artikelen 371, derde en vijftiende lid, 381 en 385 Fw

Door middel van onderdeel OO wordt aan artikel 371, derde lid, toegevoegd dat de rechtbank een herstructureringsdeskundige aanwijst die adequaat is opgeleid en over de voor zijn taken vereiste deskundigheid beschikt. Ook dient de rechtbank bij de aanwijzing a) rekening te houden met de specifieke kenmerken van de zaak, waaronder eventuele grensoverschrijdende elementen, en de ervaring en deskundigheid van de herstructureringsdeskundige, en b) een procedure en voorwaarden te hanteren die duidelijk, transparant en rechtvaardig zijn. Zie hierover nader het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.3, en de toelichting bij artikel I, onderdelen A, H, FF, OO en TT van het artikelsgewijze deel.

Onderdeel OO voegt daarnaast een nieuw vijftiende lid toe aan artikel 371 Fw. Deze toevoeging dient ertoe om te verzekeren dat de akkoordprocedures die door de WHOA zijn geïntroduceerd, in overeenstemming zijn met artikel 4 lid 8 van de richtlijn. In artikel 4 lid 1 van de richtlijn is bepaald dat «*de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldenaren bij dreigende insolventie toegang hebben tot een preventief herstructure-*

ringsstelsel dat hen in staat stelt te herstructureren, teneinde insolventie te voorkomen en hun levensvatbaarheid te verzekeren [...]». Op basis van artikel 4 lid 8 van de richtlijn kunnen de lidstaten er vervolgens voor kiezen het preventief herstructureringsstelsel ook beschikbaar te stellen voor schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, geldt wel als voorwaarde dat de schuldenaar in een dergelijk geval moet instemmen met de start van de procedure (zie ook overweging 29 van de considerans van de richtlijn).

Op grond van de WHOA-regeling geldt nu nog dat als een herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, en de schuldenaar een MKB-bedrijf is, de herstructureringsdeskundige het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar ter stemming voor kan leggen (zie artikel 381, tweede lid, Fw). Deze regeling wordt in die zin aangepast dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is en het WHOA-traject van start gaat door de aanstelling van een herstructureringsdeskundige, de instemming van de MKB-onderneming reeds vereist is voor deze aanstelling en niet pas op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd. Van introductie van een extra instemmingsvereiste is dus geen sprake. Het al bestaande instemmingsvereiste wordt naar voren gehaald, namelijk van het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd naar het moment dat de rechter moet beslissen over een verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Vanaf de aanstelling van een herstructureringsdeskundige kan gebruik gemaakt worden van de verschillende voorzieningen die de WHOA-regeling biedt. Het gaat dan onder meer om de mogelijkheid tot afkondiging van een afkoelingsperiode op grond van artikel 376 Fw, de mogelijkheid om op grond van artikel 42a Fw te verzoeken om een machtiging voor het verrichten van bepaalde rechtshandelingen en de mogelijkheid voor de rechtbank om op grond van artikel 379 Fw bepalingen te maken of voorzieningen te treffen ter beveiliging van de belangen van schuldeisers of aandeelhouders. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de aanstelling van een herstructureringsdeskundige de start van de akkoordprocedure markeert. Het is dan ook in overeenstemming met de richtlijn om de instemming van het MKB-bedrijf te vereisen op het moment van aanstelling van een herstructureringsdeskundige. Deze instemming van het MKB-bedrijf is ook vereist als het verzoek tot aanstelling van een herstructureringsdeskundige door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund. Om deze reden is ook artikel 371, derde lid, iets aangepast. Hieruit blijkt nu dat een verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige *in beginsel* in ieder geval wordt toegewezen als het wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers, *met dien verstande dat in dat geval het vijftiende lid onverminderd van toepassing is*. Als het vijftiende lid van toepassing is, is het feit dat het verzoek door de meerderheid van de schuldeisers wordt gesteund dus niet voldoende voor toewijzing van het verzoek, maar is de instemming van de schuldenaar vereist. In het nieuwe vijftiende lid wordt expliciet bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het «*kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren*». Constateert de rechter dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan hij bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur. De schuldenaar moet dus aan de rechtbank kenbaar maken wat de reden is voor zijn weigering instemming te verlenen. Met deze regeling wordt beoogd een balans te treffen tussen de belangen van diegenen die het WHOA-traject willen starten en de belangen van de schuldenaar. Directe

of indirecte druk van de aandeelhouders is in ieder geval geen goede reden voor het bestuur van de schuldenaar om instemming te weigeren. Een goede reden kan bijvoorbeeld zijn dat de schuldenaar zelf al bezig is met het treffen van maatregelen om de financiële problemen op te lossen. De schuldenaar zal daarbij voldoende concreet moeten aangeven waaruit die maatregelen bestaan en op welke termijn zij geïmplementeerd zullen worden, zodat de rechter zich een oordeel kan vormen over de geschiktheid hiervan voor het oplossen van de financiële problemen. Hierbij blijft uitgangspunt dat het in de eerste plaats aan het bestuur is om te beoordelen welke maatregelen het meest aangewezen zijn in geval van dreigende insolventie (vergelijk ook het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1, onder het kopje *Verantwoordelijkheid van bestuurders bij dreigende insolventie*). Dat de rechtbank zelf van oordeel is dat de route van de akkoordprocedure het meest geschikt is voor het aanpakken van de financiële problemen, is nog niet voldoende voor het oordeel dat het bestuur geen goede reden heeft voor zijn weigering. Hiervoor is nodig dat de door het bestuur voorgenomen maatregelen geen redelijke kans van slagen hebben. Bovendien zal het bestuur voldoende aannemelijk moeten maken dat het daadwerkelijk bereid en in staat is deze maatregelen te treffen.

De instemming van het MKB-bedrijf met de aanstelling van een herstructureringsdeskundige is enkel vereist als met deze aanstelling het WHOA-traject van start gaat. Schuldeisers, aandeelhouders of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kunnen ook verzoeken om de aanstelling van een herstructureringsdeskundige in het kader van een al lopend WHOA-traject dat door de schuldenaar zelf is gestart, bijvoorbeeld met het oog op de beveiliging van hun belangen. In dat geval heeft de MKB-onderneming de akkoordprocedure zelf al geïnitieerd en is zijn instemming hiermee dan ook niet nogmaals noodzakelijk. Bepaald is om deze reden dat de instemming van de MKB-onderneming met de aanstelling van de herstructureringsdeskundige enkel is vereist als de schuldenaar op het moment dat het verzoek wordt gedaan, niet al een verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, ter griffie van de rechtbank heeft gedeponeerd. Als de schuldenaar zelf het WHOA-traject is gestart en er wel een dergelijke verklaring is gedeponeerd, geldt uiteraard wel nog steeds dat de rechtbank het verzoek tot aanstelling van de herstructureringsdeskundige afwijst als summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij niet gediend zijn. Dit laatste kan bijvoorbeeld aan de orde zijn als het aanwijzingsverzoek is ingediend door een schuldeiser die dit klaarblijkelijk doet met geen ander doel dan om een vergevorderd en kansrijk door de schuldenaar geïnitieerd herstructureringstraject te frustreren of te vertragen om daarmee een betere onderhandelingspositie voor zichzelf te creëren, terwijl de gezamenlijke schuldeisers door dergelijk strategisch gedrag en de daarmee veroorzaakte vertraging nadeel ondervinden.[77]

De hiervoor beschreven aanpassing van de huidige regeling, leidt er logischerwijs ook toe dat het huidige artikel 381, tweede lid, Fw komt te vervallen (onderdeel UU). Onderdeel XX past de tekst van artikel 385, tweede zin, Fw aan deze wijziging van artikel 381 Fw aan.

[77] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 8, 40.

Onderdeel PP

Artikel 373, derde lid, Fw

Het huidige artikel 373, derde lid, Fw regelt dat zogenoemde «ipso facto-clausules» zonder gevolg blijven. Bedoeld zijn contractsbepalingen die automatisch contractuele gevolgen verbinden aan het openen van een akkoordprocedure of gebeurtenissen of handelingen die daarmee verband houden. Hiermee wordt voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als gevolg van de herstructurering verloren gaan. Met deze bepaling wordt voldaan aan artikel 7 lid 5 van de richtlijn, dat de lidstaten verplicht het beroep op dergelijke «ipso facto-clausules» aan banden te leggen. De richtlijn noemt daarbij expliciet de aanvraag voor en de toekenning van een schorsing van individuele tenuitvoerleggingsmaatregelen als gebeurtenissen die op zichzelf geen grond mogen zijn voor beëindiging, wijziging of opschorting van een overeenkomst op grond van een beding daartoe (zie artikel 7 lid 5, onderdelen b en d, van de richtlijn). Daarom zijn ter verduidelijking in artikel 373, derde lid, Fw het verzoek tot en de afkondiging van een afkoelingsperiode als voorbeelden opgenomen van gebeurtenissen en handelingen die rechtstreeks verband houden met het voorbereiden en aanbieden van een akkoord en daarvoor redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Daarmee staat buiten twijfel dat de afkondiging van een dergelijke afkoelingsperiode of het doen van een verzoek hiertoe, geen grond kunnen zijn voor wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis en voor ontbinding van de overeenkomst.

Artikel 373, vierde lid, Fw

Het huidige artikel 373, vierde lid, Fw regelt dat zolang een afkoelingsperiode geldt, een verzuim in de nakoming van de schuldenaar dat heeft plaatsgevonden vóór die periode niet mag worden aangegrepen als grond voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Wel dient de schuldenaar voor de nakoming van nieuwe verplichtingen onder de overeenkomst die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode, zekerheid te stellen. Met deze regeling wordt voorkomen dat een afkoelingsperiode die tot doel heeft om de schuldenaar enige tijd en rust te gunnen om het akkoord tot stand te kunnen brengen, alsnog geen effect heeft. Tegelijkertijd zorgt de regeling ervoor dat de belangen van de wederpartij die reeds met een verzuim is geconfronteerd, voldoende zijn gewaarborgd. Met artikel 373, vierde lid, Fw wordt nu al voldaan aan artikel 7 lid 4 van de richtlijn, dat, kort gezegd, bepaalt dat de lidstaten dienen te voorzien in regels die onder de schorsing vallende schuldeisers ervan weerhouden essentiële nog uit te voeren overeenkomsten te beëindigen, op te schorten of te wijzigen in verband met schulden die zijn ontstaan vóór de schorsing. Voorbeelden van nog uit te voeren overeenkomsten zijn blijkens overweging 41 van de considerans van de richtlijn lease- en licentieovereenkomsten, langlopende leveringscontracten en franchiseovereenkomsten.

De voorgestelde wijziging van artikel 373, vierde lid, Fw heeft slechts als doel de tekst van deze bepaling dichter aan te laten sluiten bij die van de richtlijn. Waar de richtlijn ziet op «*schulden die zijn ontstaan vóór de schorsing*», spreekt artikel 373, vierde lid, Fw over «*een verzuim* (...) *dat heeft plaatsgevonden vóór de afkoelingsperiode*». De strekking van beide bepalingen is echter dezelfde. Dit blijkt uit het feit dat op grond van artikel 373, vierde lid, Fw enkel zekerheid behoeft te worden gesteld voor nieuwe verplichtingen die ontstaan tijdens de afkoelingsperiode (en dus niet voor verplichtingen die reeds zijn ontstaan voor de afkoelingsperiode, maar in de nakoming waarmee de schuldenaar nog niet in verzuim is). Artikel 373,

vierde lid, Fw brengt daarom voor alle schulden die zijn ontstaan voorafgaand aan de afkoelingsperiode mee dat een verzuim in de voldoening daarvan geen grond is voor – kort gezegd – beëindiging, opschorting of ontbinding van een overeenkomst met de schuldenaar. Om te voorkomen dat toch onduidelijkheid ontstaat over de precieze reikwijdte van artikel 373, vierde lid, Fw wordt hierin straks gesproken over «*een verzuim van de schuldenaar in de voldoening van een schuld die is ontstaan vóór de afkoelingsperiode*». Met «een verzuim in de voldoening van een schuld» wordt hier gedoeld op iedere vorm van achterblijven door de schuldenaar in de voldoening van een schuld die normaalgesproken, zonder de afkoelingsperiode, voldoende aanleiding zou zijn voor de wijziging van verbintenissen of verplichtingen jegens de schuldenaar, voor opschorting van de nakoming van een verbintenis jegens de schuldenaar of voor ontbinding van een met de schuldenaar gesloten overeenkomst. Het begrip «verzuim» heeft hier dus een ruimere betekenis dan in het kader van artikel 6:81 BW.

Onderdeel QQ

Artikel 375, eerste lid, onderdelen a en b, Fw

Uit artikel 28, onderdeel a, van de richtlijn volgt dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat schuldeisers de mogelijkheid hebben om hun vorderingen in een insolventieprocedure via elektronische communicatiemiddelen in te dienen. In de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures hoeven schuldeisers hun vorderingen niet zelf in te dienen. Wel geldt dat als een schuldenaar of een herstructureringsdeskundige een akkoord aanbiedt, de schuldeisers nadere informatie over het akkoord moeten kunnen verkrijgen (artikel 375, eerste lid, onderdeel j, Fw). Ook moet een schuldeiser die meent dat zijn vordering ten onrechte niet of voor een te laag bedrag is opgenomen in het akkoord, de mogelijkheid krijgen om de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige te verzoeken zijn vordering alsnog of voor een hoger bedrag in het akkoord op te nemen (vgl. de artikelen 383, negende lid, 378, eerste lid, onderdeel c, en vierde lid, Fw). De huidige wet bevat geen beperkingen ten aanzien van de wijze waarop schuldeisers contact kunnen opnemen met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige. Ook nu staat de wet het dus al toe dat schuldeisers bijvoorbeeld via e-mail met de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige contact opnemen. Om de mogelijkheid tot elektronische communicatie verder te ondersteunen, is in artikel 375, eerste lid, onderdeel a, Fw opgenomen dat de schuldenaar in het akkoord een elektronisch postadres dient te vermelden waarop hij bereikbaar is. Is er een herstructureringsdeskundige aangesteld en legt hij het akkoord voor aan de schuldeisers en aandeelhouders, dan dient zijn elektronische postadres in het akkoord vermeld te worden (artikel 375, eerste lid, onderdeel b, Fw).

Daarnaast wordt aan artikel 375, eerste lid, onderdeel b, Fw toegevoegd dat, als er een observator is aangesteld, ook zijn naam in het akkoord vermeld wordt. Aangezien de observator heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, is dit vereist op grond van artikel 8 lid 1 onderdeel f van de richtlijn. Zie in dit verband ook het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1.

Artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw

Deze wijziging hangt samen met artikel 18 lid 5 van de richtlijn. Die bepaling verplicht de lidstaten te zorgen voor bescherming van transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord. Als de schuldenaar deze transacties verricht overeenkomstig

hetgeen voorzien was in een door de rechter gehomologeerd akkoord, mogen deze transacties volgens de richtlijn later niet ongeldig worden verklaard als de schuldenaar toch failliet gaat. Ter implementatie van deze bepaling regelt dit onderdeel dat als de schuldenaar bescherming wenst te verkrijgen voor een bepaalde transactie die hij in het kader van de uitvoering van het akkoord aan wil gaan, hij deze transactie uitdrukkelijk in het akkoord moet vermelden en daarbij moet aangeven dat hij deze bij de behandeling van het homologatieverzoek door de rechtbank wil laten toetsen. Door aanpassing van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw is geregeld dat de rechtbank deze voorgenomen transactie vervolgens in het kader van de homologatie toetst (zie artikel I, onderdeel WW). Gaat de rechtbank over tot homologatie van het akkoord, dan verkrijgt de schuldenaar daarmee de bescherming die de richtlijn vereist. Zie hierover meer uitgebreid de toelichting bij artikel I, onderdeel WW.

Artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 3°, Fw

Deze wijziging brengt mee dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige bij het akkoord een beschrijving dient te voegen van de gevolgen van de herstructureringsmaatregelen voor de bij de schuldenaar in dienst zijnde werknemers. Hiermee wordt voldaan aan artikel 8 lid 1, onderdeel g, subonderdeel iv, van de richtlijn. Deze bepaling vereist dat het akkoord informatie bevat over algemene werkgelegenheidsgevolgen van de herstructurering, zoals ontslagen, werktijdverkortingsregelingen of andere soortgelijke gevolgen. Het is in de akkoordprocedures buiten faillissement, zoals voorzien in de WHOA, niet mogelijk door middel van een akkoord wijzigingen aan te brengen in de rechten van werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst (artikel 369, vierde lid, Fw). Een akkoord kan echter onderdeel uitmaken van een breder reorganisatietraject waarbij naast een herstructurering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen. Voor zover in dit bredere reorganisatietraject maatregelen worden genomen die gevolgen hebben voor de in dienst zijnde werknemers, zoals ontslagen of een werktijdverkortingsregeling, dient hierover informatie te worden verschaft in de bijlage bij het akkoord. Informatie over de gevolgen voor werknemers kan van belang zijn om te kunnen beoordelen of het herstructureringstraject naar verwachting succesvol zal zijn. Deze informatie stelt de schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft, daarmee in staat zich een geïnformeerd oordeel te vormen over het akkoord. Uiteraard kan uit andere wetgeving, zoals de Wet op de ondernemingsraden, voortvloeien dat ook andere partijen moeten worden geïnformeerd over maatregelen met gevolgen voor werknemers. Deze wetgeving is tijdens een WHOA-traject onverkort van toepassing, zoals ook blijkt uit artikel 375, eerste lid, onder l, Fw.

Artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 4°, Fw

Uit artikel 8 lid 1, onderdeel h, van de richtlijn volgt dat het akkoord een motivering moet bevatten waarom redelijkerwijs verwacht mag worden dat het herstructureringsplan de insolventie van de schuldenaar zal voorkomen en de levensvatbaarheid van de onderneming zal verzekeren. Deze motivering moet bovendien de noodzakelijke voorwaarden voor het welslagen van het plan vermelden. In artikel 375, tweede lid, onderdeel e, Fw is al bepaald dat bij het akkoord – kort gezegd – een beschrijving moet worden gevoegd over de aard, omvang en oorzaak van de financiële problemen, de pogingen die al zijn gedaan om die problemen op te lossen, de maatregelen die nu in het kader van het akkoord worden voorgesteld en op welke wijze die maatregelen zullen bijdragen aan een oplossing. Op basis hiervan zal, in overeenstemming met de richtlijn, gemotiveerd moeten worden dat deze maatregelen naar verwachting de

insolventie van de schuldenaar kunnen voorkomen en het voortbestaan van de onderneming kunnen verzekeren. Of de maatregelen inderdaad dit resultaat zullen hebben, is uiteraard afhankelijk van verschillende factoren, zoals toekomstige marktontwikkelingen. Er valt kortom nooit met absolute zekerheid te voorspellen dat de maatregelen inderdaad de insolventie zullen voorkomen. Voor schuldeisers en aandeelhouders is dan ook van belang dat de verwachting dat de maatregelen de insolventie kunnen voorkomen, op redelijke aannames is gebaseerd. Met het oog hierop wordt in de tekst van artikel 375, tweede lid, onderdeel e, onder 4°, Fw verduidelijkt dat in de beschrijving moet worden aangegeven welke noodzakelijke voorwaarden vervuld moeten zijn voor het bereiken van een oplossing. De vermelding van deze voorwaarden stelt schuldeisers en aandeelhouders op wie het akkoord betrekking heeft, beter in staat te beoordelen of in het akkoord uit wordt gegaan van redelijke verwachtingen ten aanzien van de overlevingskansen van de onderneming.

Onderdeel RR

Artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw

Uit de toelichting bij de WHOA blijkt dat de door deze wet geïntroduceerde akkoordprocedures niet alleen kunnen worden gebruikt om een onderneming met financiële problemen weer financieel gezond te maken en voort te kunnen zetten, maar ook om tot een gecontroleerde stopzetting en afwikkeling van een onderneming te komen als deze geen overlevingskansen heeft. Voorwaarde is dat hiermee een beter resultaat te behalen is dan met een afwikkeling van de onderneming in faillissement.[78] Ook tijdens de voorbereidingen van een akkoord dat gericht is op de afwikkeling van de onderneming, kan de afkondiging van een afkoelingsperiode op de voet van artikel 376 Fw noodzakelijk zijn, bijvoorbeeld om te voorkomen dat schuldeisers die hieraan niet willen meewerken direct overgaan tot verhaalsacties of tot de indiening van een faillissementsaanvraag om het proces te blokkeren of te vertragen. Uit artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw zou echter ten onrechte afgeleid kunnen worden dat een afkoelingsperiode in een dergelijk geval niet steeds mogelijk is, nu dit onderdeel vereist dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord te kunnen blijven voortzetten. In het geval het akkoord nu juist gericht is op de gecontroleerde afwikkeling van de onderneming, kan het zijn dat van een (volledige) voortzetting van de onderneming tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over het akkoord geen sprake is.[79] Individuele verhaalsacties of de indiening van een faillissementsaanvraag kunnen ook in een dergelijk geval de totstandkoming van een akkoord belemmeren of bemoeilijken. Om te verduidelijken dat ook in die situatie gebruik gemaakt kan worden van een afkoelingsperiode, wordt aan artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw, toegevoegd dat het verzoek daarnaast wordt toegewezen als summierlijk blijkt dat dit noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming door middel van een akkoord gecontroleerd af te kunnen wikkelen. Wel geldt ook dan dat de rechter het verzoek tot afkondiging van de afkoelingsperiode enkel toewijst als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers hierbij gediend zijn en diegenen die door de afkoelingsperiode worden geraakt, niet wezenlijk in hun belangen worden geschaad (zie artikel 376, vierde lid, onderdeel b, Fw).
Ten overvloede wordt nog opgemerkt dat de afkoelingsperiode ook beschikbaar is als direct bij aanvang van het WHOA-traject een akkoord

[78] Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3, p. 2, 23.
[79] Vgl. Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

wordt aangeboden. Dit blijkt expliciet uit artikel 376, eerste lid, waar is bepaald dat de schuldenaar de rechtbank onder meer kan verzoeken een afkoelingsperiode af te kondigen wanneer de schuldenaar ter griffie van de rechtbank een verklaring heeft gedeponeerd als bedoeld in artikel 370, derde lid, Fw, en een akkoord heeft aangeboden. Ook als reeds een akkoord is aangeboden, is afkondiging van een afkoelingsperiode dus mogelijk. Uit het feit dat artikel 376, vierde lid, onderdeel a, Fw vereist dat de afkoelingsperiode noodzakelijk is om de door de schuldenaar gedreven onderneming «tijdens de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord» te kunnen blijven voortzetten, moet niet iets anders worden afgeleid. De periode van de voorbereiding van en de onderhandelingen over een akkoord moet ruim worden opgevat; deze periode loopt door tot aan de homologatie van het akkoord door de rechter.

Artikel 376, zesde lid, Fw

Het huidige zesde lid van artikel 376 Fw bepaalt dat een afkoelingsperiode niet wordt verlengd als de afkoelingsperiode is verzocht in het kader van een besloten akkoordprocedure buiten faillissement, en het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar, bedoeld in artikel 3, eerste lid, van de Insolventieverordening[80] in de drie maanden voorafgaand aan het moment dat de rechter voor het eerst een beslissing heeft genomen op basis van de WHOA-regeling vanuit een andere lidstaat is verplaatst. Deze bepaling is in de wet opgenomen met het oog op artikel 6 lid 8, tweede alinea, van de richtlijn, dat bepaalt dat in het genoemde geval de totale duur van de schorsing beperkt is tot maximaal vier maanden. Artikel 376, zesde lid, Fw gaat echter onbedoeld verder dan de richtlijn vereist, nu een verlenging van de afkoelingsperiode in deze bepaling geheel en al wordt uitgesloten. Verlenging behoort inderdaad niet mogelijk te zijn in die gevallen waarin de rechter aanvankelijk een afkoelingsperiode van vier maanden heeft afgekondigd. Als de rechter echter initieel een kortere afkoelingsperiode dan vier maanden heeft afgekondigd, staat de richtlijn verlenging wel degelijk toe, waarbij geldt dat de totale termijn van de afkoelingsperiode niet langer mag zijn dan vier maanden. Het zesde lid van artikel 376 Fw wordt hierop nu aangepast. Verlenging wordt in de in dat lid bedoelde situatie niet langer geheel uitgesloten, maar in plaats daarvan wordt bepaald dat de totale termijn van de afkoelingsperiode met inbegrip van verlengingen niet langer kan zijn dan vier maanden.

Daarnaast wordt het zesde lid aangepast gelet op het feit dat een eerste beslissing in het kader van een WHOA-traject ook een beslissing op de voet van artikel 42a Fw kan zijn. Zie in dit verband ook de toelichting op artikel I, onderdeel D van dit wetsvoorstel. Als de eerste beslissing in het WHOA-traject een beslissing op de voet van artikel 42a Fw is, is dit voor de toepassing van het zesde lid van artikel 376 Fw het moment ten opzichte waarvan de verplaatsing van het centrum van de voornaamste belangen van de schuldenaar moet worden bezien. Door de expliciete toevoeging van de beslissing op basis van artikel 42a Fw aan het zesde lid, is dit nu verduidelijkt.

Artikel 376, achtste lid, Fw

Dit wetsvoorstel bevat een wijziging van artikel 369, vierde lid, Fw. Toegevoegd wordt aan dit lid dat het bepaalde in de afdeling inzake de homologatie van een akkoord, niet van toepassing is op financiëlezekerheidsovereenkomsten en verrekenbedingen in de zin van artikel 7:51 BW (zie artikel I, onderdeel MM). Hieruit volgt dat de afkoelingsperiode van

[80] Verordening 2015/848 van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures, Pb. EU L 141/19.

artikel 376 Fw geen gevolgen heeft voor een bevoegdheid tot verhaal die voortvloeit uit een financiëlezekerheidsovereenkomst. Daarmee bestaat er niet langer een noodzaak voor verklaring van overeenkomstige toepassing van artikel 241d Fw, waaruit hetzelfde volgt.

Artikel 376, tiende lid, Fw

De richtlijn bevat in artikel 6 lid 9 limitatief de gronden waarop opheffing van een schorsing van tenuitvoerleggingsmaatregelen mogelijk gemaakt kan worden. Het kan daarbij zowel gaan om een algemene opheffing van de schorsing als om een opheffing ten opzichte van bepaalde schuldeisers (zie overweging 37 van de considerans). Hoewel opheffing ten opzichte van bepaalde schuldeisers op grond van de WHOA-regeling nu al mogelijk is doordat een schuldeiser kan vragen om een machtiging op grond van artikel 376, tweede lid, onder a, Fw, is niet expliciet geregeld op welke grond dit kan. Ter verduidelijking wordt hiertoe aan dit artikel een nieuw tiende lid toegevoegd, waarin alsnog wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een machtiging als bedoeld in artikel 376, tweede lid, onder a, Fw kan verlenen. Dit is het geval als redelijkerwijs valt aan te nemen dat de derde door het niet kunnen uitoefenen van zijn bevoegdheid tot verhaal of tot opeising wezenlijk in zijn belangen wordt geschaad. Dit criterium sluit aan bij dat voor de afwijzing van een verzoek tot afkondiging van een afkoelingsperiode en dat voor de opheffing van een afkoelingsperiode; dat derden wezenlijk in hun belangen worden geschaad is ook reden om de afkondiging van de afkoelingsperiode te weigeren of een afgekondigde afkoelingsperiode op te heffen (artikel 376, vierde en zevende lid, Fw). Als redelijkerwijs valt aan te nemen dat een derde door de afkoelingsperiode redelijkerwijs in zijn belangen wordt geschaad, is het aan de rechter in een concreet geval om te bepalen welke consequentie hieraan verbonden wordt. Kan met de belangen van de derde rekening worden gehouden door het verlenen van een machtiging, dan hoeven deze belangen niet in de weg te staan aan de afkondiging van de afkoelingsperiode of de voortzetting hiervan. Afkondiging of voortzetting van de afkoelingsperiode is dan immers mogelijk zonder dat de belangen van de derde wezenlijk worden geschaad. Denkbaar is echter dat verlening van de machtiging tot gevolg zou hebben dat afkondiging of voortzetting van de afkoelingsperiode niet zinvol is, bijvoorbeeld als de machtiging is verzocht door een belangrijke schuldeiser en verhaal door deze schuldeiser de voortzetting van de onderneming van de schuldenaar direct in gevaar brengt. In een dergelijk geval is het niet mogelijk om met de belangen van de derde rekening te houden door het verlenen van een machtiging en brengen deze belangen mee dat de afkoelingsperiode geweigerd of opgeheven moet worden. Dit zal eerder aan de orde zijn als door de afkoelingsperiode meerdere schuldeisers wezenlijk in hun belangen worden geschaad dan wanneer dit slechts een individuele schuldeiser betreft.

Artikel 376, elfde lid (nieuw), Fw

Dit onderdeel regelt dat de rechtbank ook op verzoek van de observator, zo die is aangesteld, de afkoelingsperiode kan opheffen. Aangezien de observator heeft te gelden als «herstructureringsdeskundige» in de zin van de richtlijn, brengt artikel 6 lid 9, onderdeel b van de richtlijn mee dat de rechtbank deze mogelijkheid moet hebben. Zie in dit verband ook het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1.

Onderdeel SS

Artikel 378, eerste lid, onderdeel g, Fw

Deze wijziging hangt samen met het feit dat als de schuldenaar een MKB-onderneming drijft, zijn instemming niet langer wordt vereist voor het ter stemming voorleggen van een akkoord, maar reeds voor de aanstelling van een herstructureringsdeskundige, omdat dit het moment is dat de akkoordprocedure van start gaat. Zie in dit verband het algemene deel van deze toelichting, paragraaf 3.1 en de toelichting bij artikel I, onderdelen OO, UU en XX van het artikelsgewijze deel. Het huidige artikel 378, eerste lid, onderdeel g en vijfde lid, Fw bevat onder meer een voorziening voor het geval het bestuur zonder goede reden weigert instemming te verlenen voor het in stemming brengen van het akkoord. Deze voorziening kan nu komen te vervallen. Wel wordt een vergelijkbare voorziening getroffen in artikel 371, derde lid, Fw, zodat ook onder de nieuwe regeling bijvoorbeeld voorkomen kan worden dat aandeelhouders de start van de akkoordprocedure frustreren door het bestuur op onredelijke wijze te belemmeren om instemming met de aanstelling van de herstructureringsdeskundige te verlenen.

De instemming van de schuldenaar die een mkb-bedrijf is, is onder huidig recht voorts vereist voor het indienen van een homologatieverzoek waarmee niet alle klassen hebben ingestemd (zie artikel 383, tweede lid, Fw). Deze regeling sluit aan bij artikel 11 lid 1 van de richtlijn. Het huidige artikel 378, eerste lid, onderdeel g en vijfde lid, Fw bevat ook een voorziening voor het geval het bestuur zonder goede reden weigert om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. Voor deze situatie blijft de voorziening gehandhaafd. Het blijft daarmee mogelijk om al voorafgaand aan de stemming aan de rechtbank te verzoeken om zich uit te laten over de weigering van het bestuur om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. De herstructureringsdeskundige zal immers al voor de stemming willen weten of een aangeboden akkoord kans van slagen heeft, of dat het nodig is het voorbereidingstraject bij te sturen en/of het aangeboden akkoord aan te passen. Als de verwachting bestaat dat niet alle klassen met het akkoord zullen instemmen, is het daarom denkbaar dat hij al voorafgaand aan de stemming aan de schuldenaar vraagt of hij kan instemmen met het indienen van een verzoek tot homologatie van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Weigert het bestuur om instemming te verlenen, bestaat er belang bij om deze weigering al in dit stadium voor te kunnen leggen aan de rechtbank. Uiteraard is ook denkbaar dat pas na afloop van de stemming blijkt dat niet alle klassen met het akkoord hebben ingestemd en dat het bestuur weigert om instemming te verlenen met het indienen van een homologatieverzoek. In die situatie kan de herstructureringsdeskundige een verzoek aan de rechtbank tot het verlenen van vervangende instemming combineren met een verzoek tot homologatie van het akkoord.

Onderdeel VV

Artikel 383, eerste lid, Fw

Dit onderdeel introduceert een regeling voor de situatie dat de herstructureringsdeskundige op verzoek van de schuldenaar een eigen akkoord van de schuldenaar in stemming heeft gebracht en tijdens de stemming is gebleken dat dit akkoord op voldoende steun kan rekenen van de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders. Bepaald wordt dat de schuldenaar in een dergelijk geval zelf geen homologatieverzoek kan indienen, maar dat de herstructureringsdeskundige dit doet op zijn

verzoek. Als ook het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige in aanmerking komt voor homologatie, kan de herstructureringsdeskundige dit akkoord eveneens ter homologatie aan de rechter voorleggen. Dit volgt uit de eerste zin van artikel 383, eerste lid, Fw en uit de twee nieuwe zinnen die worden toegevoegd aan artikel 384, eerste lid, Fw en waarin wordt bepaald in welke volgorde de rechter deze verzoeken vervolgens in behandeling neemt.
Met deze bepaling heeft de schuldenaar er aanspraak op dat zijn akkoord ter homologatie aan de rechter wordt voorgelegd, als dit akkoord tijdens de stemming voldoende steun heeft gekregen. Dit sluit aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, waarin de schuldenaar het recht is toegekend om een akkoord ter stemming aan de betrokken partijen voor te leggen. Dit recht is alleen effectief, als de schuldenaar vervolgens een reële mogelijkheid heeft om dit gehomologeerd te krijgen. Overigens is de schuldenaar niet verplicht om het traject dat hij zelf is aangevangen om een akkoord tot stand te brengen, na de stemming voort te zetten. Hij kan er ook voor kiezen om het traject na de stemming af te breken. De herstructureringsdeskundige is alleen verplicht een homologatieverzoek in te dienen als de schuldenaar hierom verzoekt. Daarmee hebben de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige de ruimte om onderling afspraken te maken over de indiening van het homologatieverzoek. Ook de herstructureringsdeskundige heeft de keuze of hij al dan niet een homologatieverzoek indient ten aanzien van het akkoord dat door hemzelf is voorbereid. De herstructureringsdeskundige zou er ook voor kunnen kiezen om alleen een homologatieverzoek in te dienen ten behoeve van het akkoord van de schuldenaar. Dit zou hij ook kunnen doen als de schuldenaar daar uiteindelijk zelf niet meer om vraagt. In de nieuw toegevoegde zin aan artikel 383, eerste lid, Fw wordt dit tot uitdrukking gebracht door de bepaling dat de herstructureringsdeskundige ook op eigen initiatief kan overgaan tot de indiening van een homologatieverzoek ten aanzien van een akkoord dat door de schuldenaar is voorbereid.

Artikel 383, tweede lid, Fw

Het huidige artikel 383, tweede lid, Fw ziet op de situatie van een WHOA-traject waarbij sprake is van een schuldenaar die een MKB-onderneming drijft en waarbij er een herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers, of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Bovendien is het traject al verder gevorderd. De stemming over het akkoord heeft namelijk al plaatsgevonden en daaruit is gebleken dat niet alle klassen met het akkoord kunnen instemmen. In deze situatie bepaalt artikel 383, tweede lid, Fw dat de herstructureringsdeskundige alleen met instemming van de schuldenaar een homologatieverzoek kan indienen. Deze bepaling sluit daarmee al grotendeels aan bij artikel 11 lid 1 van de richtlijn. Artikel 11 lid 1 van de richtlijn stelt, voor de situatie waarin niet alle klassen met het akkoord hebben kunnen instemmen, het vereiste van instemming van de MKB-onderneming echter zonder meer; dat wil zeggen dat het geen verschil maakt of de herstructureringsdeskundige is aangewezen op verzoek van één of meer schuldeisers of aandeelhouders, of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, dan wel de schuldenaar zelf. Artikel 383, tweede lid, Fw wordt daar nu op aangepast. Als gevolg hiervan geldt straks dat de herstructureringsdeskundige steeds de instemming van de schuldenaar, als dit een MKB-bedrijf is, nodig heeft om een homologatieverzoek te kunnen indienen ten aanzien van een akkoord waarmee niet alle klassen hebben ingestemd. Daarbij geldt nog steeds dat als het bestuur geen goede reden heeft voor zijn weigering om instemming te verlenen, de rechter op grond van artikel 378, eerste lid, onderdeel g in combinatie met het vijfde lid, Fw op verzoek van de herstructureringsdeskundige vervangende instemming kan verlenen. Dit

betekent dat als de schuldenaar een rechtspersoon is, de aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze kunnen belemmeren instemming te verlenen, zoals ook expliciet bepaald is in artikel 383, tweede lid, Fw. Zie in dit verband ook de toelichting bij artikel I, onderdelen OO, UU en XX. Dit sluit aan bij artikel 12 lid 2 van de richtlijn, waarin is bepaald dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat het «*kapitaalhouders niet is toegestaan de uitvoering van een herstructureringsplan op onredelijke wijze te voorkomen of te belemmeren».*

Onderdeel WW

Artikel 384, eerste lid, Fw

Zoals hierboven in de toelichting bij de wijziging van artikel 383, eerste lid, Fw is beschreven, is het mogelijk dat de herstructureringsdeskundige twee homologatieverzoeken indient ten aanzien van twee verschillende akkoorden. De vraag is dan in welke volgorde die verzoeken door de rechter in behandeling genomen moeten worden. In artikel 384, eerste lid, Fw worden twee nieuwe zinnen opgenomen waarin de rechter wordt voorzien van handvatten. Daarbij is als uitgangspunt genomen dat de rechter eerst beoordeelt of het akkoord van de schuldenaar voor homologatie in aanmerking komt. Als dit akkoord voldoet aan de voorwaarden, homologeert de rechter dit akkoord. De rechter gaat alleen over tot een beoordeling van het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige als het akkoord van de schuldenaar niet blijkt te voldoen aan de homologatievoorwaarden en dus niet gehomologeerd kan worden. Voor deze regeling, waarin de homologatie van het akkoord van de schuldenaar voorop wordt gesteld, is gekozen omdat het de schuldenaar is die het akkoord uiteindelijk moet uitvoeren en zijn steun voor het akkoord daarom van belang is. Dit sluit bovendien aan bij artikel 9 lid 1 van de richtlijn, waarin het recht van de schuldenaar om een akkoord aan te bieden, voorop staat. Dit recht is alleen effectief als er ook daadwerkelijk een mogelijkheid is voor de schuldenaar om zijn akkoord gehomologeerd te krijgen.
Op het bovengenoemde uitgangspunt worden twee uitzonderingen gemaakt. In de eerste plaats kan de herstructureringsdeskundige een door de schuldenaar ondersteund verzoek indienen tot behandeling van de verzoeken in omgekeerde volgorde. De rechter gaat dan alleen over tot beoordeling van het akkoord van de schuldenaar als blijkt dat het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige niet aan de homologatievoorwaarden voldoet en daarom niet gehomologeerd kan worden. Ook hier geeft de wettelijke regeling de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar dus de ruimte om afspraken te maken over het traject. Ten tweede beoordeelt de rechter ook eerst het akkoord dat is voorbereid door de herstructureringsdeskundige als alle klassen met dit akkoord hebben ingestemd, terwijl dit niet geldt voor het akkoord van de schuldenaar. In die situatie rechtvaardigt de grotere steun van de verschillende klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders dat de voorkeur wordt gegeven aan dit akkoord.

Artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw

Zoals in § 3.1 van het algemene deel van deze toelichting is opgemerkt, biedt de WHOA-regeling reeds de mogelijkheid om tussentijdse financiering en andere transacties die noodzakelijk zijn om het akkoord tot stand te kunnen brengen, te beschermen tegen een vernietiging door de curator als de reddingsoperatie toch niet lukt en er uiteindelijk alsnog een faillissement volgt (artikel 42a Fw). Daarnaast biedt artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw de mogelijkheid om nieuwe financiering die nodig is in het kader van de uitvoering van het akkoord te laten bevestigen door de

rechter en op die manier te beschermen tegen een latere vernietiging. De schuldenaar zal de nieuwe financiering op grond van artikel 375, eerste lid, onder i, Fw moeten opnemen in het akkoord en als het akkoord door de rechter wordt gehomologeerd, staat daarmee vast dat deze transactie niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kunnen worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Homologatie van het akkoord is dus een voorwaarde voor de bescherming van nieuwe financiering. De richtlijn maakt het mogelijk om deze voorwaarde aan bescherming te stellen (zie artikel 17 lid 2 van de richtlijn). Deze voorwaarde geldt ook in geval alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd met het akkoord. Op grond van de wet is het indienen van een verzoek tot homologatie mogelijk als tenminste een klasse met het akkoord heeft ingestemd. Deze klasse dient te bestaan uit schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet (artikel 383, eerste lid, Fw). De wet maakt het dus mogelijk om ook een homologatieverzoek in te dienen als sprake is van een akkoord waarmee alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd. Hiervan zal de schuldenaar, als gezegd, gebruik moeten maken als het akkoord voorziet in nieuwe financiering en hij hiervoor bescherming wenst. Of de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders in een dergelijk geval ook gebonden zijn aan het (nog) niet gehomologeerde akkoord, is een kwestie van uitleg van dat akkoord. Denkbaar is dat de instemming van partijen is gegeven onder de voorwaarde van homologatie en de bescherming van de nieuwe financiering.

Uit het huidige artikel 384, tweede lid, onder f, Fw blijkt dat de rechter de homologatie van een akkoord moet weigeren als daarin om een bevestiging wordt gevraagd van een nieuwe financiering die tot gevolg heeft dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers wezenlijk worden geschaad. Hieraan wordt nu een tweede afwijzingsgrond toegevoegd. De rechter zal het verzoek tot homologatie van een akkoord dat een nieuwe financiering omvat ook moeten weigeren als redelijkerwijs aannemelijk is dat de nieuwe financiering niet noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord. Daarmee wordt aangesloten bij artikel 10 lid 2, onderdeel e van de richtlijn. In deze bepaling worden de lidstaten verplicht om als voorwaarde voor homologatie onder meer te stellen dat eventuele nieuwe financiering noodzakelijk is om het akkoord uit te voeren. In het huidige artikel 375, eerste lid, onder i, Fw is al bepaald dat als de schuldenaar in het kader van de uitvoering van het akkoord nieuwe financiering aan wil gaan, hij in het akkoord de redenen zal moeten vermelden waarom dit nodig is. Daarmee in overeenstemming is dat de rechter vervolgens, in het kader van de homologatie van het akkoord, ook toetst of deze financiering daadwerkelijk noodzakelijk is. Door deze wijziging van artikel 384, tweede lid, onder f, Fw wordt verduidelijkt dat de rechter deze toetsing inderdaad uitvoert. Aan het criterium dat de financiering noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord is voldaan als de financiering nodig is om de herstructurering te kunnen laten slagen. Hiervan kan ook sprake zijn als er een totaalpakket aan financiering wordt verstrekt, waarbij bijvoorbeeld een deel van de financiering wordt gebruikt voor de betaling van de uitkering aan de schuldeisers die in het akkoord is voorzien, een deel voor een noodzakelijke investering en een deel om in het kader van de voortzetting van de onderneming aan de dagelijkse financiële verplichtingen te voldoen.

Daarnaast wordt aan artikel 384, tweede lid, onder f, Fw toegevoegd dat de rechtbank een verzoek tot homologatie ook afwijst als in het akkoord

overeenkomstig artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw is opgenomen dat de schuldenaar 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. Deze toevoeging hangt samen met artikel 18 lid 5 van de richtlijn. Die bepaling verplicht de lidstaten te zorgen voor bescherming van transacties die redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het akkoord. Als de schuldenaar deze transacties verricht overeenkomstig hetgeen voorzien was in een door de rechter gehomologeerd akkoord, mogen deze transacties volgens de richtlijn later niet ongeldig worden verklaard als de schuldenaar toch failliet gaat. Door de toevoeging aan artikel 384, tweede lid, onder f, Fw wordt duidelijk dat de rechter in het kader van de homologatie van het akkoord het voornemen om in het kader van de uitvoering van het akkoord bepaalde transacties te verrichten, kan toetsen. Wil de schuldenaar bescherming voor een dergelijke transactie, dan zal hij deze transactie uitdrukkelijk in het akkoord moeten vermelden en daarbij moeten aangeven dat hij deze bij de behandeling van het homologatieverzoek door de rechtbank wil laten toetsen. Dit volgt uit het gewijzigde artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw. De rechter beoordeelt alleen de in het akkoord op deze wijze vermelde transacties. Anders dan het geval is bij een nieuwe financiering, die op grond van artikel 375, eerste lid, onderdeel i, Fw steeds vermeld moet worden in het akkoord, kan de schuldenaar ten aanzien van andere transacties dus afzien van de toetsing op grond van artikel 384, tweede lid, onderdeel f, Fw. Transacties die niet met het oog op deze toetsing in het akkoord vermeld zijn, missen echter de bescherming die de homologatie van het akkoord biedt.
De rechtbank wijst homologatie als gezegd af als de transactie niet onmiddellijk noodzakelijk is voor de uitvoering van het akkoord of de belangen van de gezamenlijke schuldeisers daardoor wezenlijk zullen worden geschaad. Doordat vereist is dat de transactie «onmiddellijk noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord, is een directer verband vereist tussen de transactie en de uitvoering van het akkoord dan het geval is bij nieuwe financiering. Dit is in overeenstemming met de richtlijn, die inhoudt dat de lidstaten in geval van nieuwe financiering als homologatievoorwaarde dienen te stellen dat deze «noodzakelijk» is voor de uitvoering van het akkoord (zie artikel 10 lid 2, onderdeel e van de richtlijn). Voor andere transacties geldt dat de richtlijn bescherming vereist als deze transacties «redelijk en onmiddellijk noodzakelijk zijn» voor de uitvoering van het akkoord (zie artikel 18 lid 5 van de richtlijn). Wordt het akkoord gehomologeerd, dan volgt hieruit dat de in het akkoord vermelde voorgenomen transacties zijn goedgekeurd en dat een transactie die de schuldenaar overeenkomstig het akkoord heeft verricht, niet tijdens een eventueel later faillissement door de curator kan worden vernietigd op grond van artikel 42 Fw. Niet voldaan is in een dergelijk geval aan de voorwaarde dat de partijen bij de rechtshandeling wisten of behoorden te weten dat benadeling van de schuldeisers hiervan het gevolg zou zijn. Ook hier geldt weer dat homologatie van het akkoord een voorwaarde voor deze bescherming is, ook als alle stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders hebben ingestemd met het akkoord.

Artikel II

Per 1 januari 2022 is de Wet van 29 september 2021 tot wijziging van de Wet griffierechten burgerlijke zaken in verband met het introduceren van meerdere griffierechtcategorieën voor lagere geldvorderingen en het toevoegen van een griffierechtcategorie voor hoge geldvorderingen[81] in werking getreden. Bij deze wet is de Wet griffierechten burgerlijke zaken

[81] *Stb.* 2021, 507.

(hierna: Wgbz) aangepast, waarbij een extra griffierechtcategorie is toegevoegd voor hoge geldvorderingen. Hierbij is abusievelijk artikel 19a, tweede lid, Wgbz niet aan deze wijziging aangepast, waardoor niet meer duidelijk is naar welke griffierechtcategorie in deze bepaling wordt verwezen. Verduidelijkt wordt door artikel II dat voor de in artikel 19a, tweede lid Wgbz bedoelde verzoeken het griffierecht wordt geheven dat hoort bij de categorie voor zaken met betrekking tot een vordering, dan wel een verzoek met een beloop van meer dan € 100.000 en niet meer dan € 1.000.000.

Artikel III

Artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw

Het huidige artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw ziet onder meer op een schuldeiser ten aanzien waarvan uit een opgave krachtens de Handelsregisterwet 2007 blijkt dat er vijftig of minder personen werkzaam zijn. In het handelsregister worden algemene gegevens over een onderneming opgenomen, waaronder het aantal werkzame personen dat bij een onderneming betrokken is. De Handelsregisterwet 2007 wordt echter op dit punt gewijzigd.[82] Het uitgangspunt van de opgave door de onderneming van het aantal werkzame personen wordt dan verlaten en vervangen door de indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen. De gegevens over de indicatie worden aan de Kamer van Koophandel aangeleverd vanuit de polisadministratie van het Uitvoeringinstituut Werknemersverzekeringen (UWV). Dit artikel past de tekst van artikel 374, tweede lid, onderdeel a, Fw zodanig aan dat deze naar het gegeven «indicatie van het aantal arbeidsverhoudingen» verwijst vanaf het moment dat de betreffende wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in werking treedt.

Artikel IV

Dit artikel bevat het overgangsrecht. De wijzigingen van artikel I zijn van toepassing op faillissementen, surseances van betalingen, schuldsaneringsregelingen en besloten en openbare akkoordprocedures buiten faillissement die na het tijdstip van inwerkingtreding zijn gestart. Op lopende procedures blijft de oude regeling van toepassing. Voor de artikelen II en III geldt dat zij onmiddellijke werking hebben.

Artikelen V en VI

Artikel V bepaalt dat deze wet in werking treedt op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip, dat voor de verschillende artikelen of onderdelen daarvan verschillend kan worden vastgesteld. Nu dit wetsvoorstel bepalingen kent die zien op de verschillende onderdelen van de Faillissementswet (namelijk op het faillissement, de surseance van betaling, de WSNP en de WHOA-regeling), bevat dit wetsvoorstel de mogelijkheid tot gefaseerde inwerkingtreding. Denkbaar is dan eventueel dat bepalingen die zien op een bepaald onderdeel van de Faillissementswet eerder in werking treden dan voor een ander onderdeel, mocht dit wenselijk blijken. Bij de inwerkingtreding zal rekening gehouden worden met de vaste verandermomenten als dit met het oog op de implementatietermijn mogelijk is. Zo mogelijk wordt er ook een termijn tussen de publicatiedatum van de wet en het tijdstip van inwerkingtreding gelaten, zodat de

[82] Artikel II, onderdeel F, van de Wet van 26 juni 2019 tot wijziging van de Handelsregisterwet 2007 in verband met de evaluatie van die wet, alsmede regeling van enkele andere aan het handelsregister gerelateerde onderwerpen in het Burgerlijk Wetboek, de Handelsregisterwet 2007 en de Wet op de Kamer van Koophandel (*Stb.* 2019, 280).

praktijk de mogelijkheid heeft zich in te stellen op de in dit wetsvoorstel opgenomen wijzigingen. Dit is echter alleen mogelijk als de implementatietermijn dit toelaat. Artikel VI bevat de citeertitel.

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind

Transponeringstabel Richtlijn (EU) 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)

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 1 lid 1	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, want hierin wordt slechts het onderwerp van de richtlijn aangegeven.		
Artikel 1 lid 2	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan gedeeltelijk gebruik is gemaakt. Deze bepaling houdt in dat de richtlijn niet van toepassing is op herstructureringsprocedures en kwijtscheldingsprocedures die zien op de daar genoemde schuldenaren. De bepaling staat er daarmee niet aan in de weg dat lidstaten dergelijke procedures ook ter beschikking stellen aan dergelijke schuldenaren, maar in dat geval hoeft deze procedure niet te voldoen aan de eisen van de richtlijn.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om de in deze bepaling genoemde schuldenaren uit te sluiten van het toepassingsbereik van het herstructureringsstelsel en van de kwijtscheldingsregeling.	Verzekeraars, banken en natuurlijke personen die geen zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen, zijn in art. 369 lid 1 Fw van de WHOA-regeling uitgesloten. Op de overige schuldenaren is de WHOA-regeling wel van toepassing. De WSNP is toegankelijk voor alle natuurlijke personen (art. 284 lid 1 Fw).
Artikel 1 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de mogelijkheid aan de lidstaten om nog meer financiële instellingen dan die genoemd zijn in het voorgaande lid, uit te sluiten van het toepassingsbereik van het herstructurerings-stelsel en van de kwijtscheldingsregeling.	Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan gebruik te maken.
Artikel 1 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte die deels wordt benut in de Faillissementswet en deels niet wordt gebruikt.	Deze bepaling biedt in de eerste plaats de mogelijkheid aan de lidstaten om de in de richtlijn opgenomen kwijtscheldingsrege-ling voor onder-nemers ook open te stellen voor natuurlijke personen die geen onderneming drijven. Daarnaast wordt de mogelijkheid geboden om de bepalingen betreffende het preventieve herstructurerings-stelsel uitsluitend toe te passen op rechtspersonen.	De WSNP is al toegankelijk voor alle natuurlijke personen (art. 284 Fw). De door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures gelden voor natuurlijke personen die een beroep of bedrijf uitoefenen (art. 369 lid 1 Fw).

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 1 lid 5	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte die deels wordt benut in de Faillissementswet en deels niet wordt gebruikt.	Deze bepaling biedt de mogelijkheid om bepaalde vorderingen uit te sluiten van de toepassing van het herstructureringsstelsel.	Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA-regeling niet van toepassing op rechten van werknemers. Op alimentatie-vorderingen en vorderingen uit onrechtmatige daad is de WHOA-regeling wel van toepassing.
Artikel 1 lid 6	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 4 Fw)		
Artikel 2 lid 1	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen zelfstandige implementatie, want de daarin opgenomen definities dienen te worden meegenomen bij de implementatie van de hieronder opgenomen artikelen.		
Artikel 2 lid 2	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, omdat deze bepaling slechts bepaalt dat voor de toepassing van de richtlijn voor enkele begrippen – t.w. insolventie, dreigende insolventie en micro-, kleine en middelgrote ondernemingen – de betekenis wordt gehanteerd die hieraan wordt gegeven in het nationale recht.		
Artikel 3 leden 1 en 2	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, omdat deze regel noopt tot uitvoeringsmaatregelen. In dat kader is bij de Kamer van Koophandel (KvK) een informatieloket ingericht waar ondernemingen informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij problematische schulden kunnen oplossen. De Stichting Ondernemersklankbord (OKB) biedt MKB-ondernemingen persoonlijke begeleiding in een adviestraject van een half jaar.		
Artikel 3 leden 3 en 4	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie, omdat deze bepalingen nopen tot uitvoerings-maatregelen. Op de website van de KvK is informatie te vinden voor ondernemingen in zwaar weer. Onder meer is hier informatie te vinden over de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures. Op de website van OKB is nadere informatie te vinden over een adviestraject bij deze stichting.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 3 lid 5	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om werknemersvertegenwoordi-gers steun te verlenen bij de beoordeling van de economische situatie van hun werkgever (de schulde-naar).	Het huidige recht bevat op basis van de Wet op de ondernemingsraden al verschillende voorzieningen die als doel hebben ondernemings-raden in staat te stellen om de economische situatie van hun werkgever (de schuldenaar) te beoordelen.
Artikel 4 leden 1, 5 en 7	Artikel 370 lid 1 Fw stemt al overeen met hetgeen geregeld is in deze bepalin-gen.		
Artikel 4 leden 2 en 3	Deze bepalingen bieden een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepalingen bieden de lidstaten de mogelijkheid om in het kader van het gebruik van het preventieve herstructurerings-stelsel bepaalde toelatingseisen te stellen, t.w.: – slechts toegang onder voorwaarden bij een veroordeling vanwege ernstige inbreuken op accountants- of boekhoudersver-plichtingen, en – alleen toegang na een levensvatbaarheids-toets.	De WHOA-regeling kent dergelijke toegangseisen niet. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan gebruik te maken.
Artikel 4 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	De bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om een beperking te stellen aan het aantal keren dat een schuldenaar binnen een bepaalde periode toegang heeft tot het preventieve herstructureringsstelsel.	Artikel 369 lid 5 Fw omvat al een dergelijke beperking.

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 4 lid 5 en 6	Deze bepalingen behoeven naar hun aard geen specifieke implementatie, omdat hierin slechts wordt onderstreept dat de lidstaten beschikken over een grote mate van flexibiliteit bij de omzetting in hun nationale wetgeving van de in de richtlijn opgenomen beginselen betreffende het preventieve herstructure-ringsstelsel.	Bepaald is dat: – het preventieve herstructu-reringsstelsel mag bestaan uit één of meer procedures, maatregelen of bepalingen en sommige onderdelen ook buitengerechte-lijk mogen verlopen, en – de betrokkenheid van een rechterlijke of administra-tieve instantie beperkt mag zijn tot situaties waarin dit noodzakelijk en evenredig is. Daarbij geldt wel dat de belangen van de betrokken partijen steeds voldoende gewaarborgd moeten zijn.	De in de Faillissementswet opgenomen regeling betreffende de homologatie van een onderhands akkoord voldoet met deze implementa-tiewet aan alle beginselen die zijn opgenomen in de richtlijn. Verder is de betrokkenheid van de rechter tot aan het moment waarop een homologatieverzoek wordt ingediend in beginsel beperkt, tenzij partijen eerder een beroep doen op de rechter, bijvoorbeeld in het kader van: – de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige (artikel 371 Fw); – de afkondiging van een afkoelingsperiode (artikel 376 Fw), of – het verzoek om een tussentijdse beslissing (artikel 378 Fw). Tegelijkertijd omvat de regeling verschillende waarborgen ter behartiging van de belangen van schuldeisers en aandeelhouders, zoals de mogelijkheid voor de rechtbank om een observator aan te stellen (artt 376 lid 9 en 380 Fw).
Artikel 4 lid 8	Artikel I, onderdeel OO. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om het herstructureringsstelsel – onder bepaalde voor-waarden – ook open te stellen voor schuldeisers en de ondernemersraad of personeelsvertegen-woordiging.	Op grond van de WHOA-regeling kunnen ook schuldeisers en de ondernemersraad of personeelsvertegen-woordiging een WHOA-traject starten door om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige verzoeken (art. 371 lid 1 Fw). Deze regeling wordt aangescherpt i.v.m. de gestelde voorwaarde: als de schuldenaar een mkb-bedrijf is, is instemming vereist bij de start van het traject.
Artikel 5 lid 1	De WHOA-regeling is al gestoeld op het uitgangspunt dat de schuldenaar gedu-rende het herstructurerings-traject volledig de beschik-king en het beheer over zijn vermogen behoudt.		
Artikel 5 lid 2	De rechtbank beslist op basis van de WHOA-regeling per geval over de aanstelling van een herstructurerings-deskundige (art. 371 lid 3, eerste zin, Fw) dan wel een observator (art. 380 lid 1 in verbinding met art. 379 lid 1 Fw).		
Artikel 5 lid 3 onder a	Dit is al geregeld in art. 376 lid 9, tweede zin, Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 5 lid 3 onder b	Dit is al geregeld in art. 383 lid 4, tweede zin, Fw.		
Artikel 5 lid 3 onder c	Artikel I, onderdeel OO (artikel 371 lid 3 Fw). Dit is ook al geregeld in het huidige art. 371 lid 3, tweede zin en lid 10, vierde zin. Artikel 371 lid 3, tweede zin wordt iets aangepast om rekening te houden met het nieuw ingevoerde vijftiende lid van art. 371 Fw.		
Artikel 6 lid 1, eerste alinea	Dit is al geregeld in art. 376 Fw.		
Artikel 6 lid 1, tweede alinea	Artikel I, onderdeel RR (artikel 376 lid 4 Fw). Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om de rechter een verzoek tot afkondiging van een afkoelings-periode te laten weigeren, als de schorsing niet nodig is.	Art. 376 lid 4 Fw sluit hier al bij aan. Wel is in lijn met artikel 6 lid 1, tweede alinea, verduide-lijkt op grond van welke criteria de rechter toetst.
Artikel 6 lid 2	Artikel 376 lid 2 Fw sluit hier al bij aan.		
Artikel 6 lid 3	Deze bepaling bevat een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat een schorsing algemeen kan zijn of beperkt.	Op grond van de WHOA-regeling geldt dat de afkoe-lingsperiode gericht kan zijn tot alle schuldeisers, maar ook beperkt kan zijn tot een bepaalde categorie schuldei-sers (zie art. 376 lid 8 in verbinding met art. 241a Fw). Uit art. 376 lid 2 onder a Fw volgt dat de afkoelingsperiode alleen werkt jegens derden die hierover zijn geïnformeerd of op de hoogte zijn van de voorbereiding van een akkoord.
Artikel 6 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om bepaalde vorderingen uit te zonderen van de afkoelings-periode.	De WHOA-regeling zondert geen vorderingen uit. Geen aanleiding voor beleidsaan-passing.
Artikel 6 lid 5	Artikel 369 lid 4 Fw voorziet hier al in.		
Artikel 6 lid 6	Artikel 376 lid 2 en 5 Fw voorziet hier al in.		
Artikel 6 lid 7	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waar de in de Faillissementswet opgenomen regeling betreffende de homologatie van een onderhands akkoord al bij aansluit (art. 376 lid 5 Fw).	De lidstaten kunnen op basis van deze bepaling een verlenging van de afkoe-lingsperiode toestaan.	Verlenging is op grond van art. 376 lid 5 Fw mogelijk als er belangrijke vooruitgang is geboekt in de totstandkoming van het akkoord.
Artikel 6 lid 8, eerste alinea	Artikel 376 lid 5 Fw sluit hier al bij aan.		
Artikel 6 lid 8, tweede alinea	Artikel I, onderdeel RR. Ter implementatie wordt artikel 376 lid Fw iets aangescherpt.		
Artikel 6 lid 9 onder a	Dit is al geregeld in art. 376 lid 10 in verbinding met leden 1 en 4 Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 6 lid 9 onder b	Artikel I, onderdeel RR. In het huidige art. 376 lid 10 Fw (art. 376 lid 11 (nieuw)) is al geregeld dat de afkoelings-periode kan worden opgeheven op verzoek van de herstructureringsdeskun-dige. Hieraan wordt toegevoegd dat ook de observator, zo die is aangesteld, kan verzoeken om opheffing.		
Artikel 6 lid 9 onder c en d	Artikel I, onderdeel RR. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	De bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om de rechter de bevoegdheid te geven om een afkoelingspe-riode op te heffen als diegenen die hierdoor geraakt worden, wezenlijk in hun belangen worden geschaad of zelf insolvent dreigen te raken.	Hiervan is al gebruik gemaakt in de WHOA-regeling (art. 376 lid 10 (art. 376 lid 11 (nieuw)) in verbinding met lid 4 Fw en art. 376 lid 2 onder a Fw). In een nieuw in te voegen tiende lid van art. 376 Fw wordt geëxpliciteerd op welke grond de rechter een machtiging tot verhaal of tot opeising van goederen kan verlenen.
Artikel 6 lid 9 tweede en derde alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen op basis van deze bepaling kiezen voor beperkingen van de mogelijkheid tot opheffing van de afkoelingsperiode.	De WHOA-regeling voorziet niet in deze beperkingen van de mogelijkheid tot opheffing van de afkoelingsperiode. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 7 lid 1	De Faillissementswet sluit hier al bij aan. Er bestaat geen verplichting voor de schuldenaar om een aanvraag in te dienen tot opening van faillissement.		
Artikel 7 lid 2	Dit is al geregeld in art. 376 lid 2 onder c Fw.		
Artikel 7 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om in afwijking van artikel 7 lid 1 en 2 tijdens de schorsing onder bepaalde voor-waarden toch een insolven-tieprocedure te openen.	Hiervan is in de WHOA-regeling geen gebruik gemaakt. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 7 lid 4 en 5	Artikel I, PP (artikel 373 lid 4 Fw).		
Artikel 7 lid 6	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om de afkoelingsperi-ode niet van toepassing te laten zijn op salderingsover-eenkomsten, waaronder salderingsover-eenkomsten bij vroegtijdige beëindiging, op financiële markten, energiemarkten en grondstoffen-markten.	De WHOA-regeling doet geen afbreuk aan de afdwingbaar-heid van de financiële raamovereenkomsten als de «ISDA Master Agreement» en de «GMRA» en van andere salderingsovereenkomsten die qua inhoud en structuur daarmee vergelijkbaar zijn. Er is daarmee geen noodzaak voor een nadere wettelijke regeling op dit punt.
Artikel 7 lid 7	De Faillissementswet sluit hier al bij aan. Het einde van de afkoelingsperiode leidt niet automatisch tot een faillissement.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onder a Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 8 lid 1 onderdeel b	Artikel I, QQ (art. 375 lid 2 onderdeel e onder 3° Fw). Dit is voor het overige al geregeld in art. 375 lid 1 onderdelen e en f, lid 2 onderdelen a, d en e Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel c	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel b Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel d	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel d en lid 2 onderdeel b Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel e	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel c Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel f	Artikel I, QQ (art. 375 lid 1 onderdeel b Fw).		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder i)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel e onder 3° Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder ii)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 2 onderdeel e onder 5° Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder iii)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel l Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder iv)	In art. 369 lid 4 Fw is al bepaald dat de WHOA-regeling niet van toepassing is op de rechten van werknemers.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder v)	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen bepalen dat het in het akkoord opgenomen herstructure-ringsplan ook de geraamde financiële stromen van de schuldenaar moet omvatten.	Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan gebruik te maken.
Artikel 8 lid 1 onderdeel g onder vi)	Dit is al geregeld in art. 375 lid 1 onderdeel i Fw.		
Artikel 8 lid 1 onderdeel h	Artikel I, onderdeel QQ (art. 375 lid 2 onderdeel e onder 4° Fw) Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om te bepalen dat de in deze bepaling bedoelde motive-ring wordt opgesteld of gevalideerd door een externe deskundige of de herstructu-reringsdeskundige.	Validering door een externe deskundige is op grond van de WHOA-regeling niet vereist. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 8 lid 2	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementa-tie, omdat deze noopt tot uitvoeringsmaatregelen. De KvK biedt ondersteuning voor ondernemingen die gebruik willen maken van de door de WHOA geïntrodu-ceerde akkoordprocedures.		
Artikel 9 lid 1, eerste alinea	Artikel I, onderdelen OO, VV en WW (artt. 371 lid 1, 383 lid 1, 384 lid 1 Fw).		
Artikel 9 lid 1, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillisse-mentswet (art. 371 en 381 Fw) gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat ook schuldeisers en herstructurerings-deskundigen een herstructurerings-plan ter stemming kunnen voorleg-gen.	Op grond van art. 381 lid 1 Fw kan ook de herstructurerings-deskundige een akkoord ter stemming voorleggen.
Artikel 9 lid 2	Dit is al geregeld in art. 381 leden 3 tot en met 5 Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 9 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepaalde partijen het stemrecht onthouden.	In de WHOA-regeling wordt het recht om te stemmen niet aan bepaalde partijen onthouden. Er is niet gebleken van een behoefte om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 9 lid 4, eerste alinea	Dit is al geregeld in art. 374 Fw.		
Artikel 9 lid 4, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Op grond van deze bepaling kunnen de lidstaten bepalen dat vorderingen van werknemers in een aparte klasse worden ingedeeld.	Blijkens art. 369 lid 4 Fw is de WHOA-regeling niet van toepassing op de rechten van werknemers. Indeling in een klasse is dus niet aan de orde.
Artikel 9 lid 4, derde alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om te bepalen dat wanneer een MKB-schuldenaar gebruik maakt van het herstructurerings-stelsel, in het akkoord geen klassenindeling hoeft te worden aangehouden.	De WHOA-regeling kent een dergelijke bepaling niet. Er is niet gebleken dat het nuttig is om hiervan alsnog gebruik te maken.
Artikel 9 lid 4, vierde alinea	Art. 374 lid 2 Fw voorziet hier al in.		
Artikel 9 lid 5, eerste alinea	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdelen c en d Fw.		
Artikel 9 lid 5, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen vereisen dat de rechter zich in een vroeg stadium uitspreekt over de stemrechten en de vorming van klassen in het akkoord.	De WHOA-regeling voorziet nu in een mogelijkheid om dit door de rechter te laten toetsen (vgl. art. 378 lid 1 onderdelen b en c Fw). Er is niet gebleken dat het nodig is om hiervan een verplichting te maken.
Artikel 9 lid 6	Dit is al geregeld in art. 381 leden 7 en 8 Fw.		
Artikel 9 lid 7	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat een stemming achter-wege kan blijven als anderszins blijkt dat een akkoord door een meerder-heid wordt gesteund.	De WHOA-regeling voorziet er nu in dat er altijd een stemming moet plaatsvinden om een akkoord in aanmerking te laten komen voor homolo-gatie door de rechter. Er is niet gebleken dat het nuttig is om hierop een uitzondering te maken.
Artikel 10 lid 1 onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 383 lid 1 in verbinding met art. 385 Fw.		
Artikel 10 lid 1 onderdeel b	Dit is al geregeld in art. 383 lid 1 in verbinding met art. 384 lid 2 onder f Fw.		
Artikel 10 lid 1 onderdeel c	In art. 369 lid 4 Fw is bepaald dat de in de Faillissements-wet opgenomen regeling betreffende de homologatie van een onderhands akkoord niet van toepassing is op de rechten van werknemers.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 10 lid 2 onderdeel a	In de WHOA-regeling is bepaald dat als alle klassen hebben ingestemd met het akkoord, de homologatie slechts kan worden geweigerd op de gronden genoemd in artikel 384 leden 2 en 3 Fw. De aanvullende gronden genoemd in artikel 384 lid 4 Fw gelden dan niet.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel b	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdelen c en d Fw.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel c	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdeel c Fw in verbinding met art. 375 lid 1 onderdeel k en art. 381 lid 1 Fw.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel d en laatste zin.	Dit is al geregeld in art. 384 lid 3 Fw. De rechtbank kan toetsen of het akkoord in het belang is van de schuldeisers als één of meer schuldeisers of aandeelhouders die zelf niet met het akkoord hebben ingestemd of ten onrechte niet tot de stemming zijn toegelaten, hierom verzoeken.		
Artikel 10 lid 2 onderdeel e	Artikel I, onderdeel WW (art. 384 lid 2 onderdeel f Fw).		
Artikel 10 lid 3	Dit is al geregeld in art. 384 lid 2 onderdeel e Fw.		
Artikel 10 lid 4	Nu is een voortvarende behandeling van het homologatieverzoek door de rechter al uitgangspunt in de WHOA-regeling. Art. 383, leden 4–6 Fw zijn erop gericht dat de zitting, waarop het verzoek tot homologatie wordt behandeld, spoedig na de stemming wordt gehouden. Op grond van art. 384 lid 1 Fw geeft de rechtbank zo spoedig mogelijk haar vonnis.		
Artikel 11 lid 1 onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 384 leden 2 en 3 Fw.		
Artikel 11 lid 1 onderdeel b	Dit is al geregeld in art. 383 lid 1 Fw.		
Artikel 11 lid 1 onderdeel c en lid 2	Dit is al geregeld in art. 384 lid 4, onderdeel b Fw. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Artikel 11 lid 2 biedt de lidstaten de optie om in plaats van het criterium van lid 1, onderdeel c (de zogenaamde «relative priority rule»), het criterium van lid 2 te hanteren (de zogenaamde «absolute priority rule»). Bovendien hebben zij onder voorwaarden de mogelijkheid om bepalingen te hanteren die afwijken van de in lid 1 gegeven regels.	Artikel 384 lid 4, onderdeel b, Fw sluit aan bij het criterium van artikel 11 lid 2, eerste alinea, van de richtlijn. Er geldt daarbij een mogelijkheid tot afwijking, zoals toegestaan door lid 2, tweede alinea, als hiervoor een redelijke grond bestaat en schuldeisers/aandeelhouders daardoor niet in hun belang worden geschaad.
Artikel 11 lid 1 onderdeel d	Dit vloeit al voort uit art. 384 lid 4 onderdeel b Fw.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 11 lid 1, aanhef en tweede alinea	Artikel I, onderdeel VV (In art. 383 lid 2 Fw komt onderdeel a te vervallen.)		
Artikel 11 lid 1, derde alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat een akkoord alleen in aanmerking komt voor homologatie als meer dan één klasse van schuldeisers of aandeelhouders heeft ingestemd met het akkoord.	Nu geldt op basis van artikel 383 lid 1 Fw, dat ten minste één klasse moet hebben ingestemd. Dit dient een klasse te zijn die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwachting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien. Ziet het akkoord uitsluitend op schuldeisers die bij een faillissement geen uitkering te verwachten hebben, dan geldt deze laatste eis niet. Er is niet gebleken van een behoefte om dit aan te passen.
Artikel 12 lid 1 en 3	Deze bepalingen gelden alleen als de lidstaat ervoor kiest om kapitaalhouders (aandeelhouders) uit te sluiten van de mogelijkheid om te stemmen of bezwaar te maken tegen de homologatie. Nu hiervoor niet is gekozen, is deze bepaling niet van toepassing. Hoe dan ook bevat de WHOA-regeling verschillende waarborgen om te voorkomen dat aandeelhouders op onredelijke wijze de stemming over en de bevestiging van een akkoord voorkomen of belemmeren. Vgl. artt. 370 lid 5, 371 lid 15 (nieuw), 378 lid 1 onderdeel g en lid 5, en 383 lid 2, laatste zin, Fw.		
Artikel 12 lid 2	Dit is al geregeld in art. 370 lid 5 Fw.		
Artikel 13 leden 1 en 2	In art. 369 lid 4 Fw is al bepaald dat de WHOA-regeling niet van toepassing is op de rechten van werknemers. Werknemers-rechten zijn daarmee onverkort van toepassing in geval van een WHOA-traject.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 14 lid 1	De Faillissementswet sluit al aan bij deze bepaling. De rechter toetst een akkoord enkel aan de voorwaarden van art. 384 lid 3 en 4 Fw als hij daarom is verzocht en niet ambtshalve. Ook in het kader van art. 383 lid 1 Fw zal de rechter enkel een beslissing hoeven te nemen over waarderings-kwesties, als betwist wordt dat voldaan is aan de voorwaarde dat ten minste één klasse heeft ingestemd en dat dit een klasse betreft die bestaat uit schuldeisers die bij faillissement van de schuldenaar naar verwach-ting een uitkering in geld tegemoet kunnen zien.		
Artikel 14 lid 2	Dit is al geregeld in art. 384 lid 6 in verbinding met art. 378 lid 6 Fw.		
Artikel 14 lid 3	Dit is al geregeld in de artt. 383 lid 8 en 384 leden 3–5 Fw.		
Artikel 15 leden 1 en 2	Dit is al geregeld in art. 385 in verbinding met art. 381 lid 3 Fw.		
Artikel 16	Dit artikel is alleen van toepassing als tegen beslissingen van de rechter omtrent een verzoek tot homologatie van het akkoord een hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep – open staat. Het stelt eisen aan een dergelijke beroeps-procedure. In artikel 369 lid 10 Fw is hoger beroep uitgesloten.	De richtlijn biedt de lidstaten – onder voorwaarden – de ruimte om tegen beslissin-gen van de rechter omtrent een verzoek tot homologatie van het akkoord een hogere voorziening – dat wil zeggen hoger beroep – open te stellen.	In artikel 369 lid 10 Fw zijn rechtsmiddelen uitgesloten. Er is geen aanleiding om hier nu alsnog van af te wijken.
Artikel 17 lid 1, onderdeel a	Dit is al geregeld in art. 42a Fw (tussentijdse financiering) en art. 375 lid 1 onderdeel i in verbinding met art. 384 lid 2 onderdeel f Fw (nieuwe financiering).		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 17 lid 1, onderdeel b	De artikelen 42a en 384 lid 2, onderdeel f, Fw sluiten hier al bij aan. Op basis hiervan staat vast dat de verstrekkers van tussentijdse financiering waarvoor een machtiging is verleend of van nieuwe financiering waarin is voorzien in een door de rechter gehomologeerd akkoord, niet enkel vanwege deze verstrekking civielrechtelijk of strafrechtelijk aansprakelijk zijn. Van een onrechtmatige daad is bij een dergelijk, door de rechter geaccordeerd, handelen geen sprake, laat staan van een strafbaar feit.		
Artikel 17 lid 2	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten moeten er op basis van artikel 17 lid 1 van de richtlijn voor zorgen dat nieuwe en tussentijdse financieringen voldoende worden beschermd. Zij kunnen er op basis van artikel 17 lid 2 van de richtlijn voor kiezen om die bescherming afhankelijk te laten zijn van een rechterlijke controle of bevestiging.	Voor bescherming van tussentijdse financiering vereist art. 42a Fw een voorafgaande machtiging van de rechter. Nieuwe financiering is alleen beschermd in geval van een gehomologeerd akkoord (zie art. 384 lid 2 onderdeel f Fw).
Artikel 17 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om een uitzondering te maken op de bescherming van een tussentijdse financiering, als de schuldenaar op het moment dat hij deze financiering aanging al insolvent was.	Het in deze bepaling benoemde aspect wordt bij de rechterlijke toets op basis van artikel 42a Fw betrokken. Dit zit vooral verdisconteerd in de regel dat «redelijkerwijs moet zijn aan te nemen» dat de tussentijdse financiering de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet schaadt.
Artikel 17 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen bepalen dat verstrekkers van nieuwe of tussentijdse financiering het recht hebben om met voorrang terugbetaald te worden als er alsnog een faillissement volgt.	De Faillissementswet voorziet nu niet in een dergelijke voorrangsregel. Er is niet gebleken dat het gewenst is om een dergelijke regel alsnog in te voeren.
Artikel 18 leden 1 en 4	Artikel I, onderdeel D (art. 42a Fw)		
Artikel 18 lid 2	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten moeten er op basis van artikel 18 lid 1 van de richtlijn voor zorgen dat noodzakelijke transacties die worden verricht terwijl er een akkoord in voorbereiding is, voldoende worden beschermd. Zij kunnen er op basis van artikel 18 lid 2 van de richtlijn voor kiezen om die bescherming afhankelijk te laten zijn van een rechterlijke controle of bevestiging.	Voor bescherming van transacties vereist art. 42a Fw een voorafgaande machtiging van de rechter.

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 18 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte, waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	De lidstaten kunnen ervoor kiezen om een uitzondering te maken op de bescherming van transacties, als de schuldenaar op het moment dat hij deze aanging al insolvent was.	Het in deze bepaling benoemde aspect wordt bij de rechterlijke toets op basis van artikel 42a Fw betrokken. Dit zit vooral verdisconteerd in de regel dat «redelijkerwijs moet zijn aan te nemen» dat transacties de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet schaden.
Artikel 18 lid 5	Artikel I, onderdelen QQ en WW (artt. 375 lid 1 onderdeel i en 384 lid 2 onderdeel f Fw).		
Artikel 19	Is al geregeld in de artt. 2:129 lid 5 en 2:138 BW (voor de NV), 2:239 lid 5 en 2:248 BW (voor de BV), 2:9 en 6:162 BW, 42 Fw en 342, 343 en 347 Sr.		
Artikel 20 lid 1, eerste alinea	Is al geregeld in de WSNP, op grond waarvan natuurlijke personen, waaronder ondernemers, «kwijtschel-ding van schuld» kunnen verkrijgen (zie art. 358 lid 1 Fw). Van «kwijtschelding van schuld» in de zin van de richtlijn is onder meer sprake in geval van uitsluiting van de mogelijkheid schulden af te dwingen (zie art. 2 lid 1, onderdeel 10 van de richtlijn). De schuldenaar kan zelf bij de rechter verzoeken om toepassing van de WSNP (zie art. 284 leden 1 en 2 Fw).		
Artikel 20 lid 1, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt lidstaten de mogelijkheid te verlangen dat de handels- of beroeps-activiteit waarop de schulden betrekking hebben, is stopgezet.	Stopzetting van het beroep of bedrijf is geen voorwaarde voor toelating tot de schuldsa-neringsregeling (zie artikel 288 Fw). Er is niet gebleken dat het gewenst is om een dergelijke regel alsnog in te voeren. Tijdens de schuldsaneringsre-geling geldt dat de schulde-naar bevoegd is zijn beroep of bedrijf voort te zetten met toestemming van de rechter-commissaris (art. 311 Fw).
Artikel 20 lid 2	Deze bepaling behoeft geen implementatie omdat de volledige kwijtschelding onder de WSNP niet afhankelijk is gesteld van een gedeeltelijke terugbetaling van de schulden door de schuldenaar.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 20 lid 3	Behoeft naar zijn aard geen implementatie, maar vergt uitvoeringshandelingen. Op de website van de KvK en ook op de website «Ondernemersplein» is informatie te vinden over subsidies en andere regelingen voor startende ondernemers. Deze informatie is ook relevant voor ondernemers die eerder een WSNP-traject hebben doorlopen. Zie (https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/financiering/subsidies-en-regelingen/) en https://ondernemersplein.kvk.nl/financiering/		
Artikel 21 lid 1	Is al geregeld in art. 349a lid 1 in verbinding met art. 287 lid 1 Fw.		
Artikel 21 lid 2, eerste alinea.	Is al geregeld in de artt. 351a-358 Fw.		
Artikel 21 lid 2, tweede alinea	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt lidstaten de mogelijkheid te bepalen dat een rechter toetst of de schuldenaar zijn verplichtingen voor het verkrijgen van kwijtschelding van schuld is nagekomen.	Op grond van art. 354 Fw doet de rechtbank uitspraak of de schuldenaar in de nakoming van een of meer uit de schuldsaneringsregeling voortvloeiende verplichtingen is tekortgeschoten.
Artikel 21 lid 3	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen bepalen dat de insolventieprocedure nog na de kwijtschelding van schuld doorloopt met het oog op tegeldemaking en verdeling van de activa van de ondernemer.	Op grond van art. 356 Fw wordt de slotuitdelingslijst opgemaakt nadat de uitspraak van de rechter over de toekenning van een schone lei in kracht van gewijsde is gegaan.
Artikel 22	Het Nederlandse recht kent geen beroepsverboden die enkel verband houden met insolventie.		
Artikel 23 lid 1	Is geregeld in de artt. 288 lid 1 onder b, 349a leden 2 en 3, 350 en 354 in verbinding met 358 lid 2 en 358a Fw. Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillissementswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling laat de lidstaten een zekere ruimte ten aanzien van de gevolgen die zij verbinden aan oneerlijk of te kwader trouw handelen van de ondernemer.	Het oneerlijk of te kwader trouw handelen bij het aangaan van de schulden staat aan toelating tot de schuldsaneringsregeling in de weg. Zie art. 288 lid 1 onder b Fw. Het oneerlijk of te kwader trouw handelen tijdens de insolventieprocedure of bij het terugbetalen van de schulden, kan reden zijn voor verlenging van de termijn (art. 349a leden 2 en 3 Fw), voor tussentijdse beëindiging van de schuldsanering (art. 350 Fw) en voor weigering van de schone lei (art. 354 in verbinding met art. 358 lid 2 Fw). Als na afloop blijkt van een poging tot benadeling van schuldeisers, kan de rechter de schone lei intrekken (art 358a Fw).

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 23 lid 2	Artikel I, onderdeel LL (349a leden 1 en 2 Fw) Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de lidstaten de mogelijkheid om in bepaalde, welomschreven omstandigheden en indien dit voldoende gerechtvaar-digd is, de toegang tot de kwijtscheldingsprocedure te weigeren of te beperken, de termijn van de procedure te verlengen of de kwijtschel-ding van schuld in te trekken.	In de WSNP gelden de in art. 288 Fw genoemde voor-waarden voor de toegang tot de procedure. Art. 349a Fw maakt verlenging van de schuldsaneringstermijn mogelijk. Deze bepaling wordt aangescherpt, doordat hierin expliciet de gronden voor verlenging worden opgeno-men. Tussentijdse beëindiging is mogelijk op de gronden genoemd in art. 350 lid 3 Fw. Weigering van de schone lei is mogelijk op grond van art. 354 in verbinding met 358 lid 2 Fw.
Artikel 23 lid 3	Artikel I, onderdeel LL (349a leden 1 en 2 Fw) Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen voorzien in een langere kwijtscheldings-periode in verband met maatregelen ter besche-rming van de hoofdverblijf-plaats van de ondernemer of van bedrijfsmiddelen.	In art. 349a Fw wordt opgenomen dat verlenging van de termijn o.a. mogelijk is als de schuldenaar niet aan al zijn uit de schuldsaneringsre-geling voortvloeiende verplichtingen kan voldoen. Hiervan kan o.a. sprake zijn in verband met de wens van de schuldenaar om in zijn woning te blijven wonen.
Artikel 23 lid 4	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan in de Faillisse-mentswet gebruik is gemaakt.	Lidstaten kunnen op grond van deze bepaling schulden uitsluiten van de kwijtschel-ding van schuld, de toegang ervan tot kwijtschelding van schuld beperken of de kwijtscheldingsperiode ervan verlengen, als dit naar behoren is gerechtvaardigd.	De WSNP werkt niet ten aanzien van vorderingen die na de toepassing van de schuldsaneringsregeling ontstaan, tenzij zij verband houden met verplichtingen die al voor die tijd door de schuldenaar zijn aangegaan (art. 299 lid 1 Fw). Daarnaast zijn vorderingen die gedekt zijn door pand of hypotheek uitgezonderd (art. 299 lid 3 Fw; zie ten aanzien van het retentierecht art. 299b Fw). Hetzelfde geldt voor studie-schulden (art. 299a lid 1) en belastingschulden (art. 301 lid 1 Fw). Van de kwijtschelding uitgezonderd zijn vorderingen die voortvloeien uit een strafrechtelijke veroordeling (art. 358 lid 4 Fw).
Artikel 23 lid 5	Deze bepaling biedt een zekere beleidsruimte waarvan geen gebruik is gemaakt.	Deze bepaling biedt de mogelijkheid om te voorzien in langere beroepsverboden of beroepsverboden van onbepaalde duur.	Het Nederlandse recht kent geen beroepsverboden die enkel verband houden met insolventie.
Artikel 23 lid 6	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementa-tie. De bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		
Artikel 24 leden 1 en 2	De WSNP is zowel van toepassing op persoonlijke als beroepsmatige schulden. Zij worden in dezelfde procedure behandeld.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 25 onder a	De opleiding van rechters voldoet al aan de vereisten. Naast de reguliere (permanente) opleiding die alle rechters krijgen, is het praktijk dat rechters die insolventiezaken behandelen een daarop toegesneden leergang volgen.		
Artikel 25 onder b	Het huidige faillissementsrecht kent verschillende voorzieningen om te zorgen dat insolventieprocedures op efficiënte wijze worden afgewikkeld. Het gaat dan bijv. om korte termijnen en uitsluiting van rechtsmiddelen. Met de Wet modernisering faillissementsprocedure, die op 1 januari 2019 in werking is getreden, is de efficiëntie van de faillissementsprocedure verder vergroot. Een efficiënt verloop wordt verder bevorderd door landelijke procesreglementen en de richtlijnen die Recofa (een landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in faillissementen en surseances van betaling) voor deze procedures heeft ontwikkeld.		
Artikel 26 lid 1 onder a – c	Artikel I, onderdelen A, H, FF, OO en TT (artt. 14 lid 5, 215 lid 5, 287 lid 3, 371 lid 3 en 380 lid 1 Fw) Op grond van de artikelen 73, 224 lid 2, 319 en (380 lid 4 in verbinding met) 371 lid 13 Fw is de rechtbank bevoegd om een curator, bewindvoerder, herstructureringsdeskundige of observator te ontslaan op verzoek van de betrokkenen bij de insolventieprocedure. De insolventiefunctionaris en de rechter-commissaris (zo die is benoemd) dienen altijd te worden gehoord.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 26 lid 1 onder d	Artikel I, onderdeel N (art. 224 lid 2 Fw). Is voor het faillissement en de WSNP al geregeld in de artt. 73 en 319 Fw. Voor de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures is dit geregeld in art. (380 lid 4 in verbinding met) 371 leden 5 en 13 Fw. Voor de surseance van betaling wordt aan art. 224 lid 2 Fw toegevoegd dat ook de schuldenaar kan verzoeken om het ontslag van de bewindvoerder.		
Artikel 26 lid 2	Deze bepaling vereist naar zijn aard geen implementatie. De bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 27 lid 1	Artikel I, onderdeel M (art. 223a Fw). Controle op curatoren en bewindvoerders vindt plaats door de rechter-commissaris. In faillissement en in de WSNP wordt op grond van de artt. 14 lid 1 en 287 lid 3 Fw nu al steeds een rechter-commissaris benoemd. Door aanpassing van art. 223a Fw gaat dit ook gelden voor de surseance van betaling en kunnen daar straks ook meerdere rechters-commissarissen worden benoemd. Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement geldt nu al dat de rechtbank op grond van artikel 371, dertiende lid, Fw te allen tijde een herstructu-reringsdeskundige, na hem gehoord of behoorlijk opgeroepen te hebben, kan ontslaan en door een ander vervangen. Dit kan zowel op verzoek van één of meer schuldeisers als ambtshalve. Hetzelfde geldt voor de observator (vergelijk artikel 380, vierde lid, Fw). Hierin ligt besloten dat de rechtbank een zekere mate van toezicht uitoefent op deze functionarissen. Insolventiefunctionarissen die hun taak niet naar behoren verrichten, kunnen worden ontslagen. Daarnaast kunnen zij, als is voldaan aan de zgn. Maclou-norm, aansprakelijk worden gesteld op grond van onrechtmatige daad. Als een curator/ bewindvoerder zijn taken niet naar behoren vervult, kan hij voorts worden geschrapt van de lijst met curatoren (art. 3.1 Recofa-uitgangspunten). Bewind-voerders in de WSNP kunnen worden verwijderd uit het register van de raad voor rechtsbijstand.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 27 lid 2	De naam van de rechter-commissaris wordt gepubliceerd in de Staatscourant en in het CIR (zie artt. 14 lid 3, 19, 19a, 216, 222a, 222b, 293–294a Fw). Betreft, waar het gaat om de WHOA-regeling, uitvoering. In het kader van de door Recofa te ontwikkelen uitgangspunten rond de benoeming van herstructure-ringsdeskundigen en observatoren zal aandacht worden besteed aan de toezichthoudende rol van de rechtbank.		
Artikel 27 lid 3	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementa-tie, nu dit uitvoeringshande-lingen betreft.	Lidstaten kunnen gedragsco-des voor insolventiedeskun-digen aanmoedigen.	Insolad (vereniging insolven-tierecht advocaten) heeft een gedragscode ontwikkeld (de praktijkregels voor curatoren).
Artikel 27 lid 4, eerste zin	Artikel I, onderdelen B, C, E, I, S, OO (artt. 15 lid 3, 16 lid 2, 71 lid 3, 215a lid 2, 250 lid 3, en 371 lid 10 Fw) Voor de WSNP geldt op grond van art. 320 lid 6 Fw het Besluit vergoeding bewindvoerder schuldsane-ring.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 27 lid 4, tweede zin	Artikel I, onderdelen B, C, E, I, N, S, JJ, OO (artt. 15 lid 3, 16 lid 2, 71 lid 3, 215a lid 2, 224 lid 2, 250 lid 3, 320 lid 6 en 371 lid 10 Fw) Voor het faillissement, de surseance van betaling en de WSNP wordt in de wet neergelegd dat als de rechtbank overweegt om af te wijken van een salaris-voorstel van de insolventie-functionaris of als de rechter-commissaris niet met een dergelijk voorstel instemt, de rechtbank geen beslissing over het salaris neemt, dan nadat zij de insolventiefunctionaris 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. Voor de in de WHOA voorziene akkoordprocedures buiten faillissement is al in de artt. (380, vierde lid, in verbinding met) 371, vijfde en tiende lid, Fw geregeld dat de rechtbank de herstructureringsdeskundige of observator en de schuldenaar in de gelegenheid stelt om hun zienswijze te geven over de salarisvaststelling. Dragen de schuldeisers de kosten van de herstructureringsdeskundige, dan regelt dit wetsvoorstel dat de verzoeker in zijn verzoek het bedrag vermeldt dat de werkzaamheden van de herstructureringsdeskundige en van de derden die door hem worden geraadpleegd naar zijn oordeel ten hoogste mogen kosten. In dat verband kan hij zich bovendien uitlaten over de hoogte van het salaris van de herstructureringsdeskundige. Hij dient zich in het verzoek eveneens uit te laten over de wijze waarop de schuldeisers de kosten gaan dragen.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 28 onderdeel a	Artikel I, onderdelen F en QQ (artt. 110 lid 3 en 375 lid 1 onderdeel a en b Fw) De wet staat indiening van vorderingen via elektronische communicatiemiddelen al toe (vgl. artt. 110, eerste lid, 257, eerste lid, 328, eerste lid, Fw). Wel wordt artikel 110, derde lid, Fw aangepast om te verzekeren dat schuldeisers hun vorderingen ook via elektronische weg kunnen indienen als de curator een verbindend verklaarde WCAM-overeenkomst heeft gesloten. Om de mogelijkheid tot elektronische communicatie in het kader van de door de WHOA geïntroduceerde akkoordprocedures te ondersteunen, regelt dit wetsvoorstel dat een elektronisch postadres van de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige in het akkoord moet worden vermeld.		D
Artikel 28 onderdeel b	Deze bepaling behoeft geen implementatie, maar noopt tot uitvoeringshandelingen. Op grond van artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering is digitale indiening mogelijk als het toepasselijke procesreglement hierin voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd.		

	Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
	Artikel 28 onderdeel c	Artikel I, onderdelen G, K, U, CC, GG, II, KK (artt. 142, 222a lid 2, 256 lid 2, 281c, 281e lid 4, 294 lid 1, 315 lid 3, 322 lid 1, 348 Fw) In verschillende bepalingen zijn de woorden «bij brieven» vervangen door het woord «schriftelijk». Daarmee wordt verduidelijkt dat de curator/bewind-voerder berichten aan schuldeisers ook op andere wijze dan «op papier» kan versturen, bijvoorbeeld per e-mail. Net als voor het faillissement, worden voor de surseance van betaling en de WSNP grondslagen in de wet geïntroduceerd zodat bij lagere regelgeving stukken/ beschikkingen kunnen worden aangewezen die in het centrale register moeten worden geplaatst. Oproeping van schuldeisers voor een zitting is op grond van art. 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvorde-ring via digitale weg mogelijk als het toepasselijke procesreglement hierin voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd.		
	Artikel 28 onderdeel d	Deze bepaling behoeft geen implementatie, maar noopt tot uitvoeringshandelingen. Het instellen van hoger beroep is op grond van art. 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering met behulp van elektroni-sche communicatiemiddelen mogelijk als het toepasselijke procesreglement hierin voorziet en daarbij een digitaal systeem voor gegevensverwerking is aangewezen dat voldoet aan de vereisten van het Besluit elektronisch procederen. Met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe dit kan worden gerealiseerd. Sinds 1 april 2021 wordt bij de Hoge Raad in verzoekza-ken al verplicht digitaal geprocedeerd.		

Bepaling in EU-regelgeving	Bepaling in implementatie-regeling of bestaande regeling: Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleids-ruimte
Artikel 29	Deze bepaling behoeft geen implementatie, maar noopt tot uitvoeringshandelingen.		
Artikel 30	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		
Artikel 31 lid 1 onder a	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 4 onderdeel d Fw).		
Artikel 31 lid 1 onder b	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 4 onderdeel c Fw).		
Artikel 31 lid 1 onder c	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 11 onderdeel a Fw).		
Artikel 31 lid 2	Artikel I, onderdeel MM (art. 369 lid 11 onderdelen b en c Fw).		
Artikel 31 lid 3	Nederland is geen partij bij het Verdrag van Kaapstad.		
Artikel 32	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. Deze bepaling legt geen verplichtingen op aan de lidstaten.		
Artikel 33	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. De bepaling ziet op evaluatie van de richtlijn door de Commissie.		
Artikel 34	Deze bepaling behoeft naar zijn aard geen implementatie. Nederland heeft de Commissie meegedeeld gebruik te maken van de mogelijkheid tot verlenging van de omzettingstermijn van art. 34 lid 2 van de richtlijn. De richtlijn dient daarom (voor het grootste deel) uiterlijk 17 juli 2022 te zijn geïmplementeerd.		