

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)

Nota naar aanleiding van het verslag

Met veel belangstelling heb ik kennisgenomen van de opmerkingen en vragen van de leden van de fracties van de VVD, D66, het CDA, de SP en de PvdA in het verslag bij de Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie. Graag ga ik in deze nota in op de gestelde vragen en de gemaakte opmerkingen. Daarbij sluit ik in deze nota zoveel mogelijk aan bij de in het verslag gekozen paragraafindeling en volgorde van vraagstelling. Omdat ik de vragen van verschillende fracties betreffende eenzelfde aspect van de voorgestelde regeling voor de overzichtelijkheid gezamenlijk beantwoord, heeft dit er in een aantal gevallen toe geleid dat de volgorde waarin de vragen binnen een paragraaf worden beantwoord iets afwijkt van de volgorde waarin de vragen in het verslag zijn opgenomen.

In deze nota is daarnaast ook een reactie opgenomen op een brief van Energie-Nederland van 18 mei 2022 over het onderhavige wetsvoorstel. De vaste commissie voor Veiligheid en Justitie heeft mij bij brief van 2 juni 2022 gevraagd om een reactie hierop. Bij dezen voldoe ik aan dat verzoek.

I Algemeen

1. Doel en inhoud van het wetsvoorstel

De leden van de CDA-fractie merken op dat ondernemers niet de mogelijkheid krijgen om in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van een rechter over (de totstandkoming van) een akkoord op basis van de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA). Zij menen dat dit met het oog op de zorgvuldigheid van de WHOA-procedure – ondanks efficiëntie-overwegingen – desondanks wenselijk kan zijn en vragen zich af of deze mogelijkheid onderzocht is en zo ja, of dit op basis van voldoende zwaarwegende gronden niet is opgenomen in de wet. Indien dit laatste niet het geval is, vragen deze leden of nader onderzoek naar deze mogelijkheid alsnog wenselijk is.

Bij de totstandkoming van de WHOA is onderzocht of het wenselijk is om een hogere voorziening open te stellen tegen de beslissing van de rechter over een homologatieverzoek. Er is toen bewust voor gekozen om tegen een dergelijke beslissing geen hoger beroep en cassatie open te stellen (zie het huidige artikel 369, tiende lid, van de Faillissementswet (hierna: Fw)). Dit werd gerechtvaardigd en noodzakelijk geacht omdat het akkoord tot stand komt in de klemmende situatie van dreigende insolventie. Om een faillissement nog af te kunnen wenden, moet het akkoord na de homologatie snel uitgevoerd kunnen worden. Dit vergt een snelle finale beslissing

van de rechter.¹ De richtlijn noopt niet tot een aanpassing en het wetsvoorstel houdt op dit punt geen wijzigingen in. Dit sluit aan bij aanwijzing 9.4 van de Aanwijzingen voor de regelgeving (AR), waarin een zuivere implementatie van richtlijnen is voorgeschreven. Wel heeft mijn ambtsvoorganger bij de totstandkoming van de WHOA aangegeven bereid te zijn om in het kader van de evaluatie van de WHOA nogmaals te kijken naar deze uitsluiting van hoger beroep en cassatie.² De WHOA voorziet in een evaluatiebepaling op basis waarvan uw Kamer uiterlijk eind 2023 door middel van een verslag geïnformeerd dient te worden over de doeltreffendheid en de effecten van de WHOA-regeling in de praktijk. Ik ben voornemens om eind dit jaar al een start te maken met de voorbereiding van het evaluatieonderzoek. Zoals mijn ambtsvoorganger heeft aangegeven, zal daarbij onder meer aandacht worden besteed aan de uitsluiting van hoger beroep en cassatie tegen de beslissing van de rechter over een homologatieverzoek.

2. De richtlijn: een schets op hoofdlijnen

Met het oog op een zo toegankelijk en efficiënt mogelijke inrichting van de procedure vragen de leden van de D66-fractie zich af hoe de regering staat tegenover het verkorten van de Wet schuldsanering natuurlijke personen (Wsnp).

Op dit moment is bij uw Kamer aanhangig een wetsvoorstel inzake de Wet tot wijziging van de Faillissementswet ter verbetering van de doorstroom van de gemeentelijke schuldhelpverlening naar de wettelijke schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.³ Doel van het wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere aansluiting tussen het buitengerechtelijke schuldhelpverleningstraject en de Wsnp. Om dat doel te bereiken is in het wetsvoorstel voorgesteld om de criteria waaraan de rechter een verzoek tot toelating tot de Wsnp moet toetsen te versoepelen. Op 8 juni 2022 is de plenaire behandeling van dit wetsvoorstel aangevangen. In de aanloop naar die behandeling zijn verschillende amendementen ingediend, waaronder ook twee amendementen van het lid Kathman die beiden tot doel hebben schuldhelpverleningstrajecten te verkorten. In het ene amendement wordt voorgesteld om de duur van een Wsnp-traject te verkorten van drie naar anderhalf jaar.⁴ Het andere amendement omvat het voorstel om deze termijn al te laten aanvangen op het moment dat een gemeente (of andere bevoegde instelling) de buitengerechtelijke schuldregeling is gestart.⁵ Om meer zicht te kunnen krijgen op het mogelijk effect van de wetswijzigingen die in de amendementen zijn voorgesteld, en meer in het bijzonder de vraag in hoeverre dit bijdraagt aan een daadwerkelijke verbetering in het aanpakken van problematische schulden, heeft uw Kamer tijdens de genoemde plenaire behandeling ingestemd met mijn voorstel om met spoed advies in te winnen over onder meer deze amendementen bij de partijen die in de praktijk betrokken zijn bij de buitenrechtelijke en de gerechtelijke schuldhelpverlening. Uw Kamer heeft het plenaire debat geschorst, in afwachting van de uitkomsten van deze adviesaanvragen. Het is mijn voornemen om uw Kamer in september 2022 te informeren over de uitkomsten hiervan. Op dat moment zal ik uw Kamer dan ook berichten over de appreciatie van de op het wetsvoorstel ingediende amendementen en de vraag hoe regering staat tegenover het verkorten van de duur van een Wsnp-traject.

¹ Kamerstukken II 2018/19, 35 249, nr. 3 (MvT), p. 17 en 33; Kamerstukken I 2020/21, 35 249, C, p. 13.

² Kamerstukken II 2019/20, 35 225, nr. 20, p. 77.

³ Kamerstukken II 2021/22, 35 915.

⁴ Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 12.

⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35 915, nr. 13.

De leden van de D66-fractie vragen waarom de digitalisering van de insolventieprocedure pas per 17 juli 2026 van start zal gaan.

Artikel 28 van de richtlijn verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat in insolventieprocedures bepaalde handelingen via elektronische communicatiemiddelen kunnen worden verricht. Het gaat dan om het indienen van vorderingen door schuldeisers bij de curator in een faillissement, de bewindvoerder in een surseance van betaling of de bewindvoerder in een Wsnp-traject, het aanbieden van een faillissements-, surseance-, Wsnp- of WHOA-akkoord aan de schuldeisers, het publiceren of versturen van kennisgevingen aan schuldeisers en het aantekenen van bezwaar of beroep tegen rechterlijke beslissingen. De richtlijn beoogt hiermee de duur van insolventieprocedures in de lidstaten te verkorten en de drempel voor schuldeisers te verlagen om deel te nemen aan deze procedures (zie artikel 28 van de richtlijn en overweging 90 van de considerans). Om te voldoen aan artikel 28 van de richtlijn kan niet worden volstaan met wetgeving, maar zijn daarnaast uitvoeringshandelingen nodig. Om de lidstaten in staat te stellen die uitvoeringshandelingen adequaat uit te voeren, geeft de richtlijn de lidstaten hiervoor langer de tijd. Voor de meeste van bovengenoemde handelingen – die vooral zien op de communicatie door de curator, de bewindvoerder in een surseance van betaling, de bewindvoerder in een Wsnp-traject of de herstructureringsdeskundige in een WHOA-traject met de schuldeisers – geldt dat het uiterlijk op 17 juli 2024 mogelijk moet zijn deze via elektronische communicatiemiddelen te verrichten. Op dit moment is het in de faillissementsprocedure, de surseance van betaling, het WSNP-traject en het WHOA-traject veelal al mogelijk om deze handelingen via elektronische weg te verrichten. Om de mogelijkheid tot elektronische communicatie nog verder te ondersteunen, trekt dit wetsvoorstel enkele wijzigingen die eerder zijn doorgevoerd voor de faillissementsprocedure nu door naar de surseance van betaling en de Wsnp.⁶ Bovendien regelt dit wetsvoorstel voor de WHOA-procedure dat de schuldenaar of de herstructureringsdeskundige in het akkoord een elektronisch postadres dient te vermelden waarop hij door schuldeisers bereikt kan worden. Het is de bedoeling dat de bepalingen die hierop zien direct in werking treden. Artikel 28 van de richtlijn ziet deels ook op de elektronische communicatie van de schuldenaar en de schuldeisers met de gerechten. Zo moet het uiterlijk 17 juli 2026 voor de betrokkenen bij een insolventieprocedure mogelijk zijn om via elektronische communicatiemiddelen bij het gerecht bezwaar en beroep aan te tekenen tegen rechterlijke beslissingen. De huidige wetgeving bevat al een grondslag voor de elektronische communicatie met de gerechten (vgl. artikel 33 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering). In overleg met de Raad voor de rechtspraak wordt bekeken hoe en op welke termijn ook feitelijk in deze mogelijkheid tot elektronische communicatie kan worden voorzien. In ieder geval voor 17 juli 2024 dan wel – waar het gaat om het instellen van bezwaar en beroep – voor 17 juli 2026 zal deze mogelijkheid worden geboden.

De leden van de D66-fractie merken op dat er een preventief herstructureringsstelsel wordt opgericht waartoe ondernemingen in financiële moeilijkheden toegang hebben. Zij vragen zich af wat er gedaan wordt om deze ondernemers met financiële problemen in kaart te brengen en van de kennis te voorzien rondom het preventieve herstructureringsstelsel.

Het kabinet onderhoudt goede contacten met werkgeversorganisatie VNO/NCW en met MKB Nederland. Deze organisaties die de belangen behartigen van ondernemers, informeren het

⁶ Wet modernisering faillissementsprocedure, *Stb.* 2018, 299.

kabinet ook over economische ontwikkelingen die kunnen leiden tot financiële problemen bij ondernemers. Zo is er in de afgelopen jaren vrijwel steeds contact geweest over de gevolgen van de uitbraak van het COVID-19 virus. Het kabinet acteert op deze informatie door maatregelen te treffen waar ondernemers mee geholpen kunnen worden. In dit kader heeft mijn ambtsvoorganger, samen met de Minister van Economische Zaken en Klimaat, bijvoorbeeld zorg gedragen voor flankerend beleid om ondernemingen te informeren over het gebruik en de mogelijkheden van de WHOA-regeling.⁷ De Kamer van Koophandel (KvK) biedt in het kader van het “Programma Zwaar Weer” hulp in de vorm van informatie, advies en doorverwijzing aan ondernemingen in financiële moeilijkheden.⁸ In april 2022 is een stappenplan bij schulden gelanceerd dat ondernemers helpt bij het beoordelen hoe de onderneming er financieel voor staat en de ondernemer wijst op de juiste hulp en organisaties, passend bij diens individuele schuldensituatie. In dit stappenplan wordt nadrukkelijk rekening gehouden met de rechtsvorm van de onderneming en of er sprake is van zakelijke en/of privéschulden. Ook omvat deze dienstverlening van de KvK ondersteunende online content en tools over het gebruik en de mogelijkheden van de WHOA, zoals een WHOA-routekaart die ondernemers stapsgewijs informeert over hoe een akkoord voorbereid kan worden. Daarnaast is er een Time Out Arrangement (TOA)-krediet via Qredits beschikbaar gesteld om MKB-ondernemingen in staat te stellen een doorstart vanuit een WHOA-traject te maken.⁹ Het TOA-krediet kan door ondernemers bij uitvoerder Qredits worden aangevraagd van 1 juni 2021 tot en met 31 mei 2024.

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering om een analyse van de rol van de onderneming in de samenleving, de rol van het faillissementsrecht en de rol die het communautair recht daarin te spelen heeft. Deze leden vragen ook in hoeverre het faillissementsrecht met de richtlijn wordt geharmoniseerd.

Van begin november 2021 tot medio maart 2022 is geconsulteerd over een discussienota betreffende het insolventierecht.¹⁰ Deze discussienota omvat onder meer de analyse waar de PvdA-fractie om heeft gevraagd. Hierin wordt een schets gegeven van de bredere context van het insolventierecht, inclusief een beschrijving van de instrumenten die er zijn om bedrijfsrisico's te beperken, financiële problemen voor te blijven en, als dit niet lukt, problematische schulden op te lossen. Ook is hierin een korte beschrijving opgenomen van de bestaande insolventieprocedures en de lopende en reeds aangekondigde Europese en nationale beleids- en wetgevingstrajecten op het terrein van het insolventierecht. Verder zijn in de discussienotitie enkele thema's benoemd die in de afgelopen jaren in verschillende beleids- en wetgevingstrajecten zijn teruggekomen, waaronder:

- de taakopvatting van de curator;
- de problematiek rondom lege faillissementsboedels waardoor er niet altijd voldoende financiële middelen zijn om de curator (volledig) te betalen voor zijn werkzaamheden (hierna: lege boedelproblematiek);
- de rangorde waarbinnen de verschillende categorieën van schuldeisers – waaronder banken en concurrente schuldeisers, zoals specifiek genoemd in de door uw Kamer tijdens de behandeling van de WHOA aangenomen motie Van Nispen c.s.¹¹ – zowel buiten als in

⁷ Kamerstukken I 2020/21, 35 420, R, p. 13 – 14.

⁸ <https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/zwaar-weer/>

⁹ Kamerstukken II 2020/21, 35 420, nr. 365, p. 7. Zie ook <https://qredits.nl/toa-krediet/>.

¹⁰ <https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>.

¹¹ Kamerstukken 2019/20, 35249, nr. 21.

faillissement een uitbetaling op hun vordering tegemoet kunnen zien (hierna: de wettelijke rangorde of het 'verdelingsvraagstuk'), en

- de positie van de werknemers in een faillissement.

Doel van de consultatie was om de praktijk te betrekken bij de gedachtenvorming over de verschillende ontwikkelingen die spelen op het terrein van het insolventierecht. Bedoeling is om de uitkomsten van de consultatie mee te nemen bij de verdere uitwerking van de lopende en toekomstige Europese en nationale beleids- en wetgevingstrajecten. Het is mijn voornemen om uw Kamer dit najaar nader te informeren over de uitkomsten van de consultatie en over hoe ik deze uitkomsten wil vertalen in concrete vervolgstappen op het terrein van het insolventierecht.

Wat betreft de mate waarin het faillissementsrecht met de richtlijn wordt geharmoniseerd, merk ik het volgende op. De richtlijn bestaat uit de volgende onderdelen:

1. een regeling op basis waarvan een onderneming in financiële moeilijkheden toegang moet kunnen krijgen tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt insolventie te voorkomen;
2. een regeling op basis waarvan een insolvente natuurlijke persoon die actief is of is geweest als ondernemer een tweede kans kan krijgen in de vorm van een kwijtschelding van zijn schuld en de opheffing van een eventueel bij de faillietverklaring opgelegd beroepsverbod;
3. enkele regels op het terrein van het procedurele insolventierecht om de transparantie en voorspelbaarheid van insolventieprocedures van de lidstaten 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 – te weten eisen betreffende de deskundigheid van insolventierechters en insolventiefunctionarissen (zoals bij ons de curator, de herstructureringsdeskundige en de observator in een WHOA-traject, de bewindvoerder in surseance en de Wsnp-bewindvoerder); de voorwaarden waaronder insolventiefunctionarissen worden aangesteld en de wijze waarop door de rechter toezicht wordt gehouden op de taakuitoefening van deze functionarissen, en het gebruik van elektronische communicatiemiddelen, en
4. een regeling op basis waarvan informatie over de effectiviteit van insolventieprocedures wordt verzameld.

De richtlijn laat de lidstaten vrij veel ruimte in de wijze waarop zij de onderdelen van de richtlijn in hun nationale rechtstelsel implementeren en biedt de lidstaten ook verschillende beleidsopties (overweging 16 van de considerans bij de richtlijn). Overeenkomstig aanwijzing 9.4 AR wordt de richtlijn zuiver geïmplementeerd. Dit betekent dat in het wetsvoorstel geen 'extra' nationaal beleid (ook wel aangeduid als 'nationale koppen') is meegenomen en dat er dus geen andere regels – of verfijningen van de bestaande regelgeving – zijn opgenomen dan die voor de implementatie noodzakelijk zijn. Er is zoveel mogelijk aangesloten bij wat nu al in de Faillissementswet is geregeld. Verder is alleen gebruik gemaakt van de in de richtlijn geboden beleidsopties als hiermee een bestaande regeling of bestaand beleid kon worden gehandhaafd. Achtergrond van artikel 9.4 AR is dat een zuivere implementatie van richtlijnen van groot belang is om ervoor te zorgen dat de Europese regelgeving zoveel mogelijk binnen de implementatietermijn wordt geïmplementeerd. Gebeurt dit niet, dan kan de Europese Commissie vanwege de late implementatie een infractieprocedure starten bij het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJEU) en daarbij vragen om de directe oplegging van een dwangsom en/of boete (artikelen 258 e.v. van

het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Nationale koppen kunnen vragen oproepen en daarmee de tijdige implementatie bemoeilijken.

Verder is in dit verband van belang dat de Europese Commissie heeft aangekondigd in het derde kwartaal van dit jaar te zullen komen met een voorstel voor nieuwe Europese regelgeving op het terrein van het materiële insolventierecht. Het is nog niet duidelijk wat dit nieuwe voorstel precies zal gaan omvatten, maar eerder werden door de Europese Commissie al wel onderwerpen genoemd zoals:

- regulering van de werkzaamheden van de curator;
- de wettelijke rangorde van vorderingen;
- paulianeuze handelingen;
- het faillissementsprocesrecht; en
- het opsporen en in beslag nemen van goederen ten behoeve van de faillissementsboedel.

De Europese Commissie heeft een consultatie gehouden over deze onderwerpen. Uw Kamer is bij brief van 24 maart 2021 door mijn ambtsvoorganger geïnformeerd over deze consultatie en de Nederlandse reactie hierop.¹² Bij de consultatiereactie is aangegeven dat Nederland vooral mogelijkheden ziet in verbetering van de meer formele kant van het faillissementsproces, zoals de introductie van (korte) termijnen voor het indienen van vorderingen bij de curator, regels betreffende de verslaggeving door de curator, informatieverplichtingen van de failliet (of het bestuur) aan de curator en verbetering van de informatievoorziening aan schuldeisers.¹³ Het is nu aan de Europese Commissie om tot een voorstel voor een instrument te komen. Zodra een voorstel is uitgebracht, zult uw Kamer hierover op de gebruikelijke wijze via een BNC-fiche worden geïnformeerd.

De leden van de D66-fractie vragen wat tot dusver de resultaten zijn van de implementatie van de richtlijn in de lidstaten die dit eerder hebben gedaan.

Uit een informele rondvraag langs de lidstaten is naar voren gekomen dat Duitsland, Kroatië en Slowakije het wetgevingstraject betreffende implementatie van de richtlijn inmiddels hebben afgerond en in Zweden zal dit binnenkort ook het geval zijn. Verder is bekend dat het wetgevingstraject nog niet is afgerond in België, Spanje, Polen, Cyprus, Estland en Letland. Van de overige lidstaten is geen informatie bekend omtrent de stand van zaken betreffende het wetgevingstraject.

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering te schetsen welke belangenbehartigers betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van dit wetsvoorstel.

De richtlijn, en met name het onderdeel daarin dat betrekking heeft op preventief herstructureringsstelsel, is complex. Daarom heeft reeds aan het begin van het onderhandelingsstraject over de richtlijn overleg plaatsgevonden met de klankbordgroep bestaande uit vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk (waaronder INSOLAD¹⁴, RECOFA¹⁵, NEVOA¹⁶,

¹² Kamerstukken 2020/21, 22 112, nr. 3066 met bijlagen.

¹³ Zie voor een meer uitgebreide beschrijving de bijlagen bij Kamerstukken 2020-21, 22 112, nr. 3066.

¹⁴ Vereniging voor Insolventierecht Advocaten.

¹⁵ Landelijk overlegorgaan van rechters-commissarissen in insolventieprocedures.

¹⁶ Beroepsorganisatie bedrijfsjuridisch adviseurs.

JIRA¹⁷, NOvA¹⁸, NVB¹⁹) en van de vakcentrales Federatie Nederlandse Vakbeweging (FNV) en Christelijk Nationaal Vakverbond (CNV) , alsmede van werkgeversorganisatie VNO/NCW en MKB Nederland. Doel daarbij was om goed zicht te krijgen op de mogelijke effecten van de voorgestelde regeling in de praktijk en om naar aanleiding daarvan de inzet tijdens de onderhandelingen over de richtlijn te kunnen bepalen. Tegen het eind van het onderhandelingstraject, is besloten om de WHOA – die toen nog in voorbereiding was – alvast zoveel mogelijk aan te laten sluiten op de richtlijn. Zoals eerder in antwoord op vragen van de leden Nijboer, Van der Graaf en Van Nispen door mijn ambtsvoorganger aan uw Kamer is meegedeeld, heeft in dat kader toen uitgebreid overleg plaatsgevonden met bijvoorbeeld curatoren, rechters-commissaris, advocaten, bedrijfsjuristen, juristen uit de bankensector, financieel deskundigen en beleidsmedewerkers van de vakbonden. Daarbij is de werkwijze gehanteerd zoals verwoord in diezelfde beantwoording van mijn voorganger.²⁰ Bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel hebben – hetzij in veel mindere mate – soortgelijke gesprekken plaatsgevonden. Ook is het voorontwerp van het wetsvoorstel op het internet in consultatie gegeven en uitgebreid besproken met de Commissie Insolventierecht.²¹ Welke respondenten hebben gereageerd in de consultatie, welke opmerkingen en suggesties er tijdens de consultatie zijn binnengekomen en hoe die in het wetsvoorstel zijn verwerkt, is beschreven in paragraaf 4 van het algemeen deel van de memorie van toelichting.

De leden van de SP-fractie vragen of de regering het eens is met de stelling dat werknemers het fundament zijn van elke onderneming en dat zij dan ook centraal zouden moeten staan bij een mogelijk faillissement en niet mogelijke investeerders of overige schuldeisers en als dit niet het geval is, wat daarvoor dan de redenen zijn. Ook vragen deze leden of verduidelijkt kan worden – wellicht puntsgewijs – wat het wetsvoorstel concreet voor winst oplevert voor werknemers van een onderneming die failliet is dan wel naar een faillissement op weg is, ten opzichte van de huidige situatie?

De leden van de PvdA-fractie vragen de regering specifiek in te gaan op de wijze waarop in Nederland is geborgd dat geen enkele afbreuk wordt gedaan aan werknemersrechten in de WHOA. Zij vragen in het bijzonder hoe artikel 13 van de richtlijn is geïmplementeerd, op welke wijze de Ondernemingsraad en de vakbonden bij een eventueel onderhands akkoord worden betrokken en of dit afdoende is om zeker te stellen dat werknemersrechten niet worden geschonden?

Werknemers zijn van essentieel belang voor vrijwel iedere onderneming. Zij beschikken over de kennis en ervaring en verrichten de arbeid die nodig is om de onderneming te laten functioneren en vertegenwoordigen daarmee de kracht van de onderneming. Het onderhavige wetsvoorstel ziet, in navolging van de richtlijn, niet op de positie van werknemers in faillissement. Het onderhavige wetsvoorstel heeft wel betrekking op het scenario waarin een faillissement van de werkgever dreigt. Zoals is beschreven in reactie op een eerdere vraag van de PvdA-fractie, bepaalt de richtlijn onder meer dat iedere lidstaat moet voorzien in een regeling op basis waarvan een onderneming in financiële moeilijkheden toegang kan krijgen tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt om een faillissement te voorkomen. Deze doelstelling van de regeling dient op zichzelf al de belangen van de werknemers omdat het ook

¹⁷ Vereniging Jonge Insolventierecht Advocaten.

¹⁸ Nederlandse Orde van Advocaten.

¹⁹ Nederlandse Vereniging van Banken.

²⁰ Kamerstukken II 2019/20, Aanghangsel 2330.

²¹ <https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering>.

voor het behoud van banen van groot belang is dat een faillissement – waar dat mogelijk is – kan worden voorkomen. Aan dit onderdeel van de richtlijn wordt al grotendeels voldaan met de per 1 januari 2021 in werking getreden WHOA. Deze wet heeft in de Faillissementswet een nieuwe regeling geïntroduceerd betreffende een openbare en besloten akkoordprocedure buiten faillissement. Dit wetsvoorstel brengt nog enkele wijzigingen in deze regeling aan om de richtlijn volledig te implementeren. Een belangrijk winstpunt voor de werknemers van de WHOA is dat de ondernemingsraad (OR) en de personeelsvertegenwoordiging met deze regeling bij een dreigend faillissement van de werkgever, de mogelijkheid krijgen om een traject te initiëren waarbinnen een poging wordt gedaan om een akkoord tot stand te brengen met de schuldeisers en de aandeelhouders waarbij de financiële problemen worden opgelost en een faillissement alsnog kan worden voorkomen. De OR en de personeelsvertegenwoordiging kunnen de rechter namelijk vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen (artikel 371, eerste lid, Fw). Verder geldt op basis van de WHOA dat het akkoord wijzigingen kan omvatten van de rechten van alle categorieën schuldeisers en aandeelhouders, behalve die van de werknemers op basis van de arbeidsovereenkomst en Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW) (artikel 369, vierde lid, Fw). De rechtspositie van werknemers kan dus niet worden gewijzigd door een akkoord en blijft geborgd. Door het onderhavige wetsvoorstel wordt in artikel 369, vierde lid, Fw verduidelijkt dat pensioenpremies, die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen, ook onder deze uitzondering vallen omdat dit een recht is dat voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. De Hoge Raad heeft op 25 februari 2022 een uitspraak gedaan waarin reeds op deze verduidelijking van de bepaling is geanticipeerd.²²

Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, worden werknemers niet aangemerkt als stemgerechtigde schuldeisers. Dit betekent dat zij niet kunnen stemmen over het akkoord. Vaak zal een akkoord 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. Uit andere wetgeving kan dan voortvloeien dat partijen waarop het akkoord niet direct ziet, toch bij het proces moeten worden betrokken. Dit zal veelal in ieder geval de werknemers betreffen. Artikel 25 van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) kent aan medezeggenschapsorganen namelijk een adviesrecht toe ten aanzien van een aantal voorgenomen besluiten van de onderneming, waaronder besluiten betreffende:

- een *“belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming”* (onderdeel d);
- een *“belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van bevoegdheden binnen de onderneming”* (onderdeel e), of
- *“het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming”* (onderdeel i).

Mocht het bredere reorganisatietraject waar het akkoord onderdeel van uitmaakt een dergelijk besluit omvatten, dan moet de OR op basis van artikel 25 WOR dus in de gelegenheid worden gesteld om zich daarover middels een advies uit te spreken. Is dit aan de orde, dan moet dit worden gemeld in het akkoord (artikel 375, eerste lid, onderdeel I, Fw). De ondernemer dient het advies tijdig aan te vragen (artikel 25 lid 2 WOR). Op deze wijze wordt de betrokkenheid van de

²² HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328.

werknemers bij een akkoord dat van invloed is op de manier waarop zij hun werk verrichten, verzekerd. Dit sluit ook aan bij hetgeen is bepaald in de artikel 13 van de richtlijn omtrent de collectieve werknemersrechten.

3. Wijze van implementatie

3.1 Het preventieve herstructureringsstelsel

De leden van de VVD-fractie merken op dat de wetgever er in de WHOA bewust voor heeft gekozen om instemming van de schuldenaar te vereisen op het moment dat een herstructureringsdeskundige een WHOA-akkoord bij midden- en kleinbedrijven (MKB) in stemming wil brengen. Nu stelt de regering echter voor om deze instemming al te vereisen voordat de herstructureringsdeskundige kan worden aangesteld. Deze leden betwijfelen of dit onderdeel in de praktijk niet te zeer afbreuk zal doen aan het doel van de richtlijn om de totstandkoming van efficiënte akkoorden te bevorderen en te stimuleren. Zij vragen de regering om hierop te reflecteren en daarbij ook in te gaan op hoe andere lidstaten hiermee zijn omgegaan bij de implementatie. Verder vragen deze leden waarom er op dit punt niet voor is gekozen de evaluatie van de WHOA af te wachten en welke alternatieven zijn overwogen. Meer in het bijzonder vragen zij zich bijvoorbeeld af of in gevallen waarin schuldeisers gezamenlijk meer dan de helft van de schulden op de balans vertegenwoordigen, de huidige situatie beter uitvoerbaar is voor de praktijk.

De richtlijn bepaalt dat iedere lidstaat moet voorzien in een regeling op basis waarvan een schuldenaar die een onderneming drijft en insolvent dreigt te raken, toegang heeft tot een doeltreffend preventief herstructureringsstelsel dat de mogelijkheid biedt om de financiële moeilijkheden aan te pakken en een faillissement te voorkomen (zie artikel 4 lid 1 van de richtlijn en overwegingen 2 en 24 van de considerans bij de richtlijn). De richtlijn geeft de lidstaten daarnaast de optie om dit preventieve herstructureringsstelsel ook beschikbaar te stellen op verzoek van schuldeisers en werknemersvertegenwoordigers (zie artikel 4 lid 8 van de richtlijn). Als lidstaten hiervoor kiezen, stelt artikel 4 lid 8 van de richtlijn wel als voorwaarde dat de schuldenaar daarmee instemt. In overweging 29 van de considerans van de richtlijn valt te lezen dat *“lidstaten de start van de procedure [dienen] te binden aan de voorwaarde dat de schuldenaar ermee instemt”*. De lidstaten hebben op grond van artikel 4 lid 8 van de richtlijn de mogelijkheid deze instemmingseis te beperken tot gevallen waarin de schuldenaar een MKB-bedrijf drijft.

De huidige WHOA-regeling biedt naast de schuldenaar ook aan schuldeisers, aandeelhouders en de binnen de onderneming van de schuldenaar ingestelde OR of personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid om het initiatief te nemen bij de totstandkoming van een akkoord. Deze regeling blijft gehandhaafd en daarmee is gebruik gemaakt van de beleidsoptie die artikel 4 lid 8 van de richtlijn de lidstaten biedt. In artikel 371, eerste lid, Fw is bepaald dat de schuldeisers, de aandeelhouders en de OR of de personeelsvertegenwoordiging de rechter kunnen vragen om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige die vervolgens een akkoord kan voorbereiden en aan de betrokken schuldeisers en aandeelhouders kan voorleggen. Voorts geldt thans op basis van artikel 371, derde lid, Fw als voorwaarde voor de toewijzing van het verzoek dat redelijkerwijs aannemelijk moet zijn dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan. Als dit is aangetoond zal de rechtbank een aanwijzingsverzoek doorgaans honoreren. Alleen wanneer summierlijk blijkt dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet gediend zijn bij de

aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, zal de rechtbank hiertoe niet overgaan. Wat dit laatste betreft geldt dan echter weer dat de rechter het verzoek in ieder geval zal toewijzen als het wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers. De huidige WHOA-regeling vereist voor de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige nu dus niet de instemming van de schuldenaar. Als de schuldenaar een MKB-bedrijf drijft, geldt later in het traject wel dat de herstructureringsdeskundige het akkoord alleen met instemming van de schuldenaar in stemming kan brengen (zie artikel 381, tweede lid, Fw).

De instemming is op grond van de huidige wet dus pas vereist op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd, terwijl het startpunt van een WHOA-traject eerder ligt, namelijk bij de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Vanaf dat moment kan immers gebruik gemaakt worden van de verschillende voorzieningen die de WHOA-regeling biedt, zoals de afkondiging van een afkoelingsperiode. Om de WHOA-regeling op dit punt in overeenstemming te brengen met de richtlijn regelt dit wetsvoorstel daarom dat de instemming van de schuldenaar niet langer pas vereist is op het moment dat het akkoord ter stemming wordt voorgelegd, maar al voor de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige. Dit is ook het geval als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers. Daartoe wordt het derde lid van artikel 371 Fw gewijzigd en wordt aan het artikel een nieuw vijftiende lid toegevoegd. Daarbij is wel van belang op te merken dat op basis van de gewijzigde regeling de instemmingseis, net als onder het huidige recht, beperkt blijft tot de gevallen waarin de schuldenaar een MKB-bedrijf drijft. Bovendien geldt de instemmingseis straks alleen als het daadwerkelijk de schuldeisers, de aandeelhouders, de OR of de personeelsvertegenwoordiging zijn die het proces opstarten. Als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige wordt ingediend nadat de schuldenaar zelf al een WHOA-traject is gestart en dit kenbaar heeft gemaakt met de deponering van een startverklaring bij de griffie van de rechtbank, geldt de instemmingseis niet.

Met deze wetswijziging wordt geen afbreuk gedaan aan de doelstelling van de richtlijn, maar wordt de WHOA-regeling juist in overeenstemming gebracht met de richtlijn. Nu de genoemde aanpassing van de WHOA-regeling noodzakelijk is om te voldoen aan de vereisten van de richtlijn, is handhaving van de huidige situatie of het voorstel van de VVD-fractie – om een uitzondering te maken bij gevallen waarin de schuldeisers die hebben gevraagd om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige, gezamenlijk meer dan de helft van de schulden op de balans vertegenwoordigen – geen alternatief. Ook is het niet mogelijk om met deze wijziging te wachten tot de evaluatie van de WHOA is afgerond. Navraag bij andere lidstaten leert dat zij verschillend (zullen) omgaan met de opties die artikel 4 lid 8 van de richtlijn biedt. Verschillende lidstaten kennen geen initiatiefrecht toe aan schuldeisers of personeelsvertegenwoordigers. In deze lidstaten kan dus enkel de schuldenaar een akkoordtraject initiëren. Het gaat hierbij onder meer om Duitsland, Letland, Polen, Slowakije en Spanje. De lidstaten die wel een initiatiefrecht voor de schuldeisers en de personeelsvertegenwoordigers kennen of van plan zijn in te voeren, maken anders dan Nederland geen gebruik van de mogelijkheid die artikel 4 lid 8 van de richtlijn biedt om het instemmingsvereiste te beperken tot MKB-bedrijven. De instemmingseis zal in deze lidstaten dus komen te gelden voor alle schuldenaren. Het gaat hierbij om België, Estland en Zweden. In Zweden wordt deze instemmingseis aldus vormgegeven dat een verzoek van een schuldeiser tot

de start van een herstructureringstraject wordt afgewezen als de schuldenaar hiertegen schriftelijk bezwaar maakt.

Bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel is als alternatief nog overwogen om de instemming van de schuldenaar met de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige enkel te vereisen voor de openbare akkoordprocedure, met als argument dat vanwege het openbare karakter vooral de opening van deze procedure verstrekken gevolgen heeft voor de schuldenaar. Voor de besloten procedure zou het huidige recht dan gehandhaafd blijven. Na overleg met de Commissie insolventierecht is er echter van afgezien een dergelijk onderscheid te maken. De Commissie wees erop dat in artikel 4 lid 8 van de richtlijn geen onderscheid wordt gemaakt tussen een openbare of een besloten procedure. De richtlijn noopt er volgens de Commissie daarom toe voor zowel de openbare als de besloten akkoordprocedure de instemmingseis in te voeren vanaf het moment waarop de herstructureringsdeskundige wordt aangewezen.²³

De leden van de VVD-fractie lezen dat ook in de gewijzigde regeling wordt bepaald dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen en dat de rechter kan bepalen dat zijn beslissing dezelfde kracht heeft als instemming van het bestuur. Zij vragen zich af of de rechter voldoende handvatten en aanknopingspunten heeft om dit vooraf te kunnen beoordelen als er nog geen enkele handeling van een herstructureringsdeskundige is verricht. Meer specifiek vragen deze leden of de regering kan nagaan bij de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) of dit onderdeel zal leiden tot extra werklast voor de rechtspraak. Ook vragen deze leden de regering om een reactie op de bezwaren die in de rechtspraktijk zijn geuit tegen dit onderdeel van het wetsvoorstel.

Het klopt dat in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel wordt aangegeven dat ook in de gewijzigde regeling komt te gelden dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. In verband hiermee zal het bestuur een goede reden moeten opgeven voor de weigering om instemming te verlenen. Per abuis komt dit nu niet expliciet tot uitdrukking in het voorgestelde artikel 371, vijftiende lid, Fw. Bij nota van wijziging, die gelijktijdig met deze nota naar aanleiding van het verslag wordt uitgebracht, wordt hierin alsnog voorzien. Constaceert de rechtbank dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan zij bepalen dat haar beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur (zie het voorgestelde artikel 371, vijftiende lid, Fw). Welke handvatten en aanknopingspunten de rechtbank kan gebruiken bij deze beoordeling, hangt steeds af van de specifieke omstandigheden van het individuele geval. De reden die het bestuur heeft opgegeven voor de weigering om instemming te verlenen, zal voor de rechtbank steeds het startpunt zijn van de beoordeling of de weigering gerechtvaardigd is. Een reden kan bijvoorbeeld zijn dat het bestuur zelf al bezig is met het treffen van maatregelen om de financiële problemen op te lossen. Dit kan echter alleen gelden als een goede reden voor de weigering, als het bestuur:

- voldoende concreet kan aangeven waaruit die maatregelen bestaan en op welke termijn het voornemens is deze te implementeren, en

²³ Zie ook Kamerstukken II 2021/22, 36 040, nr. 3, p. 57.

- erin slaagt om aan te tonen dat aannemelijk is dat de maatregelen geschikt zijn om de financiële problemen op te lossen en dat het bestuur bereid en in staat is deze maatregelen ook daadwerkelijk uit te voeren.

Voor het slagen van de maatregelen zal ook het draagvlak onder het personeel en de schuldeisers van belang zijn. Als het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is ingediend door de OR of de personeelsvertegenwoordiging of met steun van de meerderheid van de schuldeisers, valt te betwijfelen of de maatregelen van het bestuur op voldoende draagvlak kunnen rekenen.

Er is navraag gedaan bij de Rvdr over de mogelijke gevolgen van de nieuwe instemmingsregeling voor de werkbelasting van de rechtspraak. Dit heeft het volgende beeld opgeleverd. De nieuwe instemmingsregeling geldt straks alleen als sprake is van een schuldenaar die een MKB-bedrijf drijft en als het bestuur zelf nog geen WHOA-traject is gestart op het moment dat het verzoek wordt ingediend. Tot nog toe is het aantal situaties waarin dit aan de orde was (zeer) beperkt; het gaat in totaal om twee zaken. Het is mogelijk dat dit in de toekomst vaker zal voorkomen, maar dat is lastig te voorspellen. De behandeling van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige is in deze situaties straks wel meeromvattend dan nu het geval is. De rechter wijst het verzoek nu toe als redelijkerwijs aannemelijk is dat de schuldenaar met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan; een uitzondering geldt als (summierlijk) is gebleken dat de belangen van de gezamenlijke schuldeisers niet gediend zijn bij de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Wat dit laatste betreft geldt dan echter weer dat de rechter het verzoek in ieder geval zal toewijzen als het wordt gesteund door de meerderheid van de schuldeisers. De beoordeling van de rechter richt zich nu dus uitsluitend hierop. Straks geldt in de eerder aangeduide situaties ook als voorwaarde dat de schuldenaar instemt met de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Dit vergt een extra toets. De instemming van de schuldenaar is onder de huidige regeling pas op een later moment in het traject vereist, namelijk op het moment dat de herstructureringsdeskundige een akkoord in stemming wil brengen. Dit betekent dat de herstructureringsdeskundige nu al aan de slag kan gaan, terwijl er nog geen instemming is van de schuldenaar en dat hij nu ook nog enige tijd heeft om de schuldenaar of, in geval van een rechtspersoon, diens bestuur te overtuigen van de noodzaak van het geïnitieerde akkoordtraject en van de wenselijkheid van zijn betrokkenheid daarbij. De herstructureringsdeskundige krijgt hiermee dus de gelegenheid om “de plooiën glad te strijken”. Hij zal hier ook inspanningen voor leveren, want medewerking van het bestuur is van belang omdat een akkoordprocedure vrijwel altijd alleen kans van slagen heeft als de herstructureringsdeskundige goed samenwerkt met het bestuur.²⁴ Op grond van dit wetsvoorstel is de instemming van de schuldenaar zoals gezegd al vereist voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Wordt de instemming geweigerd door het bestuur van een rechtspersoon, dan zal de rechter in het kader van de beoordeling van het verzoek tot aanwijzing van een herstructureringsdeskundige ook moeten toetsen wat de reden is voor het bestuur om geen instemming te verlenen. Constateert de rechtbank dat het bestuur geen goede reden heeft voor de weigering om instemming te verlenen, dan kan zij bepalen dat haar beslissing dezelfde kracht heeft als de instemming van het bestuur. Dit is een zwaar middel en het heeft natuurlijk altijd de voorkeur als het bestuur uiteindelijk toch zelf instemming verleent. De rechter zal daarom eerst in gesprek gaan met het bestuur en de verzoeker om te kijken of zij

²⁴ Zie ook Kamerstukken II 2019/20, 35 249, nr. 6, p. 3-4.

alsnog tot een gedeelde visie kunnen komen over de noodzaak van het starten van een akkoordtraject en de wenselijkheid van de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Het is straks dus aan de rechter om “de plooiën glad te strijken”. Vooral deze taakverschuiving kan gevolgen hebben voor de werkbelasting van de rechterlijke macht. Hoe groot de gevolgen zijn, hangt af van het aantal keren dat de regeling daadwerkelijk toegepast zal moeten worden. Nu hier nog geen zicht op is, kunnen de exacte werklastgevolgen op dit moment nog niet goed ingeschat worden. Om hier meer zicht op te krijgen, zal bij de evaluatie van de WHOA specifiek aandacht worden besteed aan wat deze nieuwe instemmingsregeling voor gevolgen heeft voor de werkbelasting van de rechterlijke macht.

De leden van de VVD-fractie stellen nog een vraag betreffende het initiatiefrecht op basis waarvan de schuldeisers de aanbieding van een akkoord kunnen initiëren door te verzoeken om een herstructureringsdeskundige die door de rechter wordt benoemd. Deze vraag is niet helemaal duidelijk op basis van het verslag, maar wordt aldus begrepen dat de leden van de VVD-fractie vragen of de regering de mening deelt dat er minder behoefte zal zijn bij de schuldeisers om van het initiatiefrecht gebruik te maken en dat van dit recht vooral een disciplinerende werking uitgaat in de zin dat de schuldeisers en de schuldenaar hierdoor worden gestimuleerd om er samen uit te komen.

Het initiatiefrecht kan inderdaad in geval van financiële problemen het overleg tussen de schuldenaar en schuldeisers over die problemen en over het vinden van gezamenlijke oplossingen stimuleren. Als een schuldenaar niet zelf maatregelen neemt om zijn financiële problemen op te lossen, bijvoorbeeld door aan de slag te gaan met de voorbereiding van een akkoord, kan het zijn dat hij hiertoe na aandringen van de schuldeisers alsnog bereid is. Een rol kan daarbij spelen dat de schuldenaar weet dat als hij zelf geen maatregelen treft, de schuldeisers gebruik kunnen maken van hun initiatiefrecht. Ook met dit wetsvoorstel blijft deze prikkel bestaan. Dit wetsvoorstel regelt dat als de schuldenaar een MKB-bedrijf is, hij zal moeten instemmen met de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige. Als sprake is van een rechtspersoon, geldt dat aandeelhouders het bestuur niet op onredelijke wijze mogen belemmeren instemming te verlenen voor de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige en dat de rechtbank vervangende instemming kan verlenen als zij constateert dat het bestuur geen goede reden heeft voor zijn weigering tot deze instemming. Het bestuur van een rechtspersoon zal dus niet zonder meer een voorstel van een schuldeiser om te starten met de voorbereidingen voor een akkoord kunnen afwijzen. Omgekeerd betekent deze regeling dat een schuldeiser niet zonder overleg met de schuldenaar bij de rechtbank om de aanwijzing van een herstructureringsdeskundige kan verzoeken. De schuldeiser zal altijd moeten nagaan of het bestuur van de rechtspersoon bereid is instemming te verlenen, en zo niet, wat hiervoor de reden is. Ook dit stimuleert het overleg tussen de schuldenaar en de schuldeisers en kan ertoe leiden dat uitoefening van het initiatiefrecht uiteindelijk niet nodig is.

De leden van de D66-fractie vragen in hoeverre het dekken van hoge pensioenschulden zal leiden tot een geringere slagingskans van de WHOA-procedure en hoe deze hoge kosten van de WHOA-procedure voor ondernemers gelijkmatiger verdeeld kunnen worden, zodat de WHOA-procedure een grotere slagingskans krijgt.

De vraag van de leden van de D66-fractie vat ik zo op dat gevraagd wordt naar het effect van een recente uitspraak van de Hoge Raad betreffende de behandeling van pensioenpremies in

het kader van een WHOA-traject.²⁵ Hierover werden onlangs ook vragen gesteld door de leden Ellian en Rahimi van uw Kamer naar aanleiding van het bericht “Ondernemers sneller in problemen door uitzondering in faillissementswet”. In reactie op de vraag van de leden van de D66-fractie verwijs ik kortheidshalve naar de beantwoording op deze schriftelijke vragen.²⁶ In die beantwoording heb ik toegelicht dat er bij de totstandkoming van de WHOA bewust voor is gekozen om in de WHOA een uitzondering te maken voor rechten van werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Werknemers kunnen niet tegen hun wil gebonden raken aan een akkoord waarbij zij bijvoorbeeld loon moeten inleveren. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat pensioenpremies, die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen, ook onder deze uitzondering vallen omdat dit een recht is dat voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Dit sluit ook aan bij de verduidelijking die in dit wetvoorstel wordt aangebracht in artikel 369, vierde lid, Fw (artikel I, onderdeel MM). Ook heb ik in de beantwoording van de schriftelijke vragen meegedeeld, dat ik heb vernomen dat in de praktijk de vrees bestaat dat de uitspraak van de Hoge Raad het moeilijker kan maken voor ondernemers om een akkoord te bereiken, maar dat ik vooralsnog geen concrete signalen heb ontvangen dat dit effect ook is opgetreden. De WHOA voorziet in een evaluatiebepaling op basis waarvan uw Kamer uiterlijk eind 2023 door middel van een verslag geïnformeerd dient te worden over de doeltreffendheid en de effecten van de WHOA-regeling in de praktijk. Ik ben voornemens om eind dit jaar een start te maken met de voorbereiding van het evaluatieonderzoek. In het kader van de evaluatie van de WHOA zal de effectiviteit van de WHOA-regeling worden onderzocht, waarbij ook expliciet aandacht zal worden besteed aan dit onderdeel van de regeling.

De leden van de PvdA-fractie merken op dat bedrijven in financiële moeilijkheden de plicht hebben werknemers en hun vertegenwoordigers tijdig in te lichten over de problemen en de financiële staat van de onderneming, maar dat dit in de praktijk niet of te laat gebeurt. Zij vragen zich af hoe WOR op dit punt versterkt kan worden en hoe ervoor gezorgd kan worden dat bedrijven zich beter aan deze verplichtingen houden. Deze leden vragen of het een juiste interpretatie van de artikelen 3 en 19 van de richtlijn is, dat deze rechten verzekerd moeten worden en, zo ja, of de regering het onderhavige wetsvoorstel op dit punt wil aanvullen – bijvoorbeeld met een specifiek instrument voor vroegtijdige waarschuwing – waarom dit nog niet geregeld is, of het klopt dat dit komt omdat de insolventieadvocaten hierop tegen zijn en dat de regering er daarom voor heeft gekozen om dit niet in het wetsvoorstel op te nemen.

De leden van de SP-fractie merken op kennis te hebben genomen van de brief van de FNV, CNV en de Vakcentrale voor Professionals (VCP) die is verstuurd aan de commissie Justitie en Veiligheid en in afschrift aan de minister voor Rechtsbescherming en waarin zij zeggen teleurgesteld te zijn omdat de regering in dit wetstraject niets heeft gedaan met wezenlijke voorstellen vanuit de vakcentrales. Zij vragen of de regering zich die teleurstelling kan voorstellen en zo niet, wat hiervan dan de reden is.

De opmerking van de leden van de PvdA-fractie dat bedrijven die te maken krijgen met financiële moeilijkheden, de plicht hebben de OR hier tijdig over in te lichten, onderschrijf ik. Dit vloeit voort uit artikel 24 WOR. In dat artikel is – kort gezegd – bepaald dat de ondernemer tenminste tweemaal per jaar overleg heeft met de OR over de (algemene) gang van zaken binnen

²⁵ HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328.

²⁶ Aangangsel Handelingen, vergaderjaar 2021/22, nr. 2309.

de onderneming. In artikel 31a, eerste en zesde lid, WOR is vervolgens bepaald dat de ondernemer in het kader van dat overleg mondeling of schriftelijk algemene gegevens verstrekt over de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming in het verstreken tijdvlak en de verwachtingen daaromtrent voor het komende tijdvak. Ook is de ondernemer verplicht zo spoedig mogelijk een exemplaar van de vastgestelde jaarrekening of, als het een ondernemer betreft op wie het jaarrekeningenrecht niet van toepassing is, vervangende financiële informatie te verstrekken aan de OR (artikel 31a, tweede tot en met vijfde lid, WOR). Bovendien kan de OR zelf op ieder moment vragen om informatie die nodig is om zijn taak goed te kunnen vervullen. De ondernemer is dan verplicht gevolg te geven aan dit informatieverzoek. Als de ondernemer zich niet houdt aan deze informatieverplichtingen, kan de OR via de kantonrechter afdwingen dat er alsnog informatie wordt verstrekt (artikel 36, tweede lid, WOR).

Artikel 3 van de richtlijn ziet niet op een nadere verzekering van dit recht op informatie van de OR, maar biedt de lidstaten wel de optie om de OR te ondersteunen bij de beoordeling van de economische situatie van onderneming (artikel 3 lid 5 richtlijn). Als van deze optie gebruik wordt gemaakt, kan dit vervolgens bijdragen aan een versterking van de rol van de OR als behartiger van de belangen van de werknemers en als adviseur van de ondernemer. Dat in het Nederlandse systeem reeds sprake is van een dergelijke ondersteuning van de OR, blijkt uit het volgende. Artikel 3 lid 1 – 4 van de richtlijn verplicht de lidstaten – kort gezegd – ervoor te zorgen dat ondernemers toegang hebben tot:

- instrumenten (ook wel “*early warning tools*”) waarmee signalen van dreigende financiële problemen tijdig aan het licht kunnen komen, en
- informatie over regelingen die gebruikt kunnen worden om die problemen op te lossen.

In Nederland bestaan reeds verschillende instrumenten die als doel hebben ondernemers bij te staan om insolventie te voorkomen. Zo is bij de KvK een informatieloket ingericht waar ondernemers informatie en advies kunnen krijgen over hoe zij financiële problemen kunnen voorkomen en, als die toch ontstaan, kunnen oplossen. Zij kunnen een “*Zwaar weer routewijzer*” volgen die hen helpt te bepalen welke stappen zij het beste kunnen zetten.²⁷ De leden van de PvdA-fractie merken op dat ondernemers de OR lang niet altijd tijdig informeren over dreigende financiële moeilijkheden. Dit kan komen omdat de ondernemer de signalen dat het niet goed gaat met de onderneming onvoldoende opmerkt en/of onderkent. De “*early warning tools*” kunnen ondernemers helpen om die signalen wel op tijd op te pikken. De OR profiteert hier dan ook van, omdat hiermee kan worden voorkomen dat de ondernemer die signalen mist en niet op tijd kan bespreken met de OR. O Werknemers zijn degenen die binnen de onderneming de arbeid verrichten en beschikken over de kennis en ervaring die nodig is om de onderneming te laten functioneren. Het zijn daarom juist ook vaak de werknemers die het als eerste opmerken, als het niet goed gaat met de onderneming. Zij zijn in die zin ook een belangrijke raadgever voor de ondernemer. De “*early warning tools*” en de informatie over welke mogelijkheden er zijn om financiële problemen op te lossen, kunnen in dat verband ook heel behulpzaam zijn voor de OR. De informatie die beschikbaar is bij het informatieloket van de KvK kan de OR gebruiken:

- bij de beoordeling van de economische situatie van de onderneming mede op basis van de gegevens die de ondernemer verstrekt op basis van artikel 31a WOR;

²⁷ <https://www.kvk.nl/advies-en-informatie/zwaar-weer/>

- bij de voorbereiding van het overleg met de ondernemer op basis van artikel 24 WOR over de gang van zaken binnen de onderneming;
- bij het uitbrengen van adviezen aan de ondernemer, in het bijzonder in het eerder genoemde scenario waarbij een akkoord en een herstructureringsplan onderdeel zijn van een breder reorganisatietraject dat ook besluiten omvat waarbij de OR op basis van artikel 25 WOR in de gelegenheid moet worden gesteld om een advies uit te brengen, en
- als de OR gebruik wil maken van de mogelijkheid om zelf een traject te initiëren waarbinnen een poging wordt gedaan om een akkoord tot stand te brengen om de financiële problemen op te lossen (artikel 371, eerste lid, Fw).

Overigens kan de OR in het kader van het bovenstaande op basis de artikelen 16 en 23a, zesde lid, WOR ook één of meer deskundigen raadplegen of uitnodigen om respectievelijk de vergadering van de OR of de overlegvergadering met de ondernemer bij te wonen. De kosten hiervan komen ten laste van de ondernemer, mits de ondernemer vooraf over die kosten in kennis is gesteld (artikel 22, tweede lid, WOR). De OR heeft hiermee een stevige positie als behartiger van de belangen van de werknemers en als adviseur van de ondernemer.

In de consultatie en nadien opnieuw in een brief aan de commissie Justitie en Veiligheid van uw Kamer die ook in afschrift aan mij is verstuurd, hebben de FNV, CNV en VCP een aanvullende regeling bepleit. Meer in het bijzonder stelden zij voor om een systeem te introduceren waarbij derden – zoals de accountant en bepaalde schuldeisers, waaronder banken en de belastingdienst – verplicht zouden worden om:

- eerst de ondernemer in te lichten als zij omstandigheden signaleren die tot dreigende insolventie zouden kunnen leiden, en
- vervolgens ook belanghebbenden daarover te informeren, als de ondernemer na de mededeling niet tijdig, te weinig of helemaal geen actie onderneemt.

Deze suggestie is niet overgenomen omdat aan dit systeem verschillende bezwaren kleven. Zo beschikken schuldeisers, banken en de belastingdienst doorgaans niet over een volledig beeld van de financiële situatie van de onderneming (hun klant/de belastingbetaler). De accountant heeft wel een volledig beeld na de jaarlijkse samenstelling, beoordeling en controle van de jaarrekening en de bijbehorende financiële overzichten, maar dat is slechts gedurende enkele maanden na het afsluiten van het boekjaar actueel. Dit maakt het voor de genoemde partijen onmogelijk om (steeds) goed vast te stellen of daadwerkelijk sprake is van *“omstandigheden die tot dreigende insolventie kunnen leiden”* en of de ondernemer en daarna wellicht zelfs andere belanghebbenden geïnformeerd moeten worden. Risico is dat er te vroeg wordt gewaarschuwd en dat er daardoor onnodige onrust ontstaat binnen en in de directe omgeving van de onderneming, die bijvoorbeeld tot gevolg kan hebben dat financiers, afnemers en werknemers het vertrouwen in de onderneming verliezen. Hierdoor kunnen er ernstige financiële problemen ontstaan. Het systeem leidt daarmee dan juist tot een averecht resultaat.

Het door de leden van de PvdA-fractie aangehaalde artikel 19 van de richtlijn omvat 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.

Zoals is toegelicht in paragraaf 3.1 van het algemeen deel van de memorie van toelichting, omvat Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek verschillende bepalingen waarin deze verplichting voor de bestuurders nu reeds tot uitdrukking komt.²⁸ Uit deze verplichting voor de bestuurders vloeit ook voort dat zij oog dienen te hebben voor de belangen van de werknemers binnen de onderneming.

3.2 Overige onderdelen van de richtlijn

De leden van de VVD-fractie stellen enkele vragen over de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad en het HvJEU. Deze vragen zijn niet helemaal duidelijk op basis van het verslag, maar worden aldus begrepen dat de leden van de VVD-fractie constateren dat de keuze van de regering om de richtlijn te implementeren in de reeds bestaande WHOA-procedure, met zich meebrengt dat de WHOA in laatste instantie door het HvJEU richtlijnconform zal worden geïnterpreteerd. Zij vragen of de regering kan bevestigen dat het stellen van prejudiciële vragen slechts bij hoge uitzondering mogelijk is – d.w.z. alleen wanneer het gaat om rechtsvragen die in een aanzienlijk aantal zaken aan de orde zijn en als aan de andere voorwaarden wordt voldaan – en dat het anders in de rede ligt een prejudiciële vraag toe te laten komen aan het HvJEU.

Rechtbanken en gerechtshoven *kunnen* de Hoge Raad prejudiciële vragen stellen. Dit is mogelijk als het gaat om een rechtsvraag – dat wil zeggen een vraag over de uitleg van een nationale rechtsregel – waarvan het antwoord van belang is voor een groot aantal zaken. Daarnaast *moeten* nationale rechters die in hoogste instantie over een zaak oordelen – zoals geldt voor de rechtbanken in WHOA-zaken – in principe altijd een prejudiciële vraag stellen aan het HvJEU over de uitleg van EU-recht wanneer de beantwoording van die vraag noodzakelijk is voor de beslissing van het geschil (artikel 267 EU-Werkingsverdrag). Daarbij is het niet relevant of het antwoord van belang is voor een groot aantal zaken. Een uitzondering geldt als de vraag al beantwoord is (*acte éclairé*) of wanneer er redelijkerwijs geen twijfel kan bestaan over de beantwoording ervan (*acte clair*). Prejudiciële vragen aan het HvJEU betreffen, zoals gezegd, altijd de uitleg die moet worden gegeven aan EU-recht. Voor WHOA-zaken betekent dit dat alleen als daarin vragen rijzen over de uitleg van de richtlijn die met dit wetsvoorstel wordt geïmplementeerd of van een ander instrument van EU-recht, het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJEU aan de orde is. Het HvJEU kan niet gevraagd worden om uitleg te geven over de WHOA zelf. De uitleg van het nationale recht is voorbehouden aan de nationale rechter, die daarbij gehouden kan zijn tot richtlijnconforme interpretatie.

4. Consultatie en advies

De leden van de D66-fractie merken op in de reactie van de Rvdr te hebben gelezen dat in het kader van het recht op het geven van een zienswijze gevreesd wordt voor een aanzienlijke stijging van de werkzaamheden van rechtbanken en vragen hoe de regering hiernaar kijkt, hoe dit zich verhoudt tot de reeds bestaande werkdruk bij rechtbanken en hoe de regering staat tegenover het

²⁸ Kamerstukken II 2021/22, 36 040, nr. 3, pag. 32 – 34.

voorstel van de Rvdr om een drempel in te bouwen, zodat het aantal zienswijzen beperkt kan worden tot de noodzakelijke.

De consultatieversie van dit wetsvoorstel voorzag in een regeling op basis waarvan de schuldenaar en de schuldeisers in de gelegenheid moesten 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 een Wsnp-traject. Dit onderdeel is niet opgenomen in het uiteindelijke wetsvoorstel, omdat dit bij nader inzien niet nodig bleek voor de implementatie van de richtlijn, terwijl in de consultatie van verschillende zijden de vrees werd geuit dat dit zou leiden tot omslachtige procedures en tot grote vertraging bij de salarisvaststelling. De richtlijn heeft, zoals in paragraaf 2 van deze nota in reactie op een vraag van de PvdA-fractie is opgemerkt, juist tot doel de efficiënte afwikkeling van insolventieprocedures te bevorderen. Nu dit onderdeel niet is opgenomen in het wetsvoorstel, is de door de Rvdr in zijn advies genoemde uitbreiding van de werkzaamheden voor de rechterlijke macht niet aan de orde.

De leden van de SP-fractie vragen of – in een overzicht – verduidelijkt kan worden hoeveel geld er in de afgelopen jaren elk jaar beschikbaar is geweest voor de garantstellingsregeling voor curatoren en of deze bedragen afdoende waren om de curatoren van een fatsoenlijk loon te voorzien. Ook vragen zij of curatoren die aanspraak konden maken of hebben gemaakt op de garantstellingsregeling daarbij ook aandacht hebben kunnen besteden aan hun fraudesignalerende functie en, zo niet, wat hiervoor dan de reden was. Verder vragen deze leden of de regering in het algemeen het idee heeft dat curatoren in alle gevallen optimaal kunnen voldoen aan hun fraudesignalerende functie bij faillissementen, zo ja, waarop de regering dit baseert en zo nee, wat hiervoor de reden is en of een gebrek aan financiën daar debet aan zou kunnen zijn. Tenslotte vragen de leden van de SP-fractie of de regering de mening deelt dat de curator er krachtens wettelijke bepalingen en op grond van rechterlijke uitspraken in de afgelopen jaren steeds meer taken met een maatschappelijk belang bij heeft gekregen, zonder dat er waarborgen zijn ingebouwd om ervoor te zorgen dat de curator voor het uitvoeren van die taken ook betaald wordt. Deze leden vragen de regering in te gaan op het pleidooi van de NVB om de curator, vergelijkbaar met de bewindvoerder in geval van schuldsaneringstrajecten, aanspraak te laten maken op een bijdrage van de overheid, om de curator in staat te stellen die maatschappelijke taken ook te kunnen vervullen.

Voor de Garantstellingsregeling curatoren 2012 (GSR 2012) wordt jaarlijks een bedrag begroot. Voor 2022 is dat 1,8 miljoen.²⁹ De uitgaven zijn afhankelijk van het gebruik van de regeling door curatoren. Aangezien de GSR 2012 een open einde regeling betreft, kan het bedrag aan betalingen jaarlijks fluctueren. In de onderstaande tabel wordt een samenvatting gegeven van de bedragen die in de afgelopen jaren met de garantstelling waren gemoeid. De regeling wordt uitgevoerd door Screeningsautoriteit Justis. Voor de uitvoering wordt rekening gehouden met een bedrag van € 700.000,- per jaar.³⁰ De Garantstellingsregeling curatoren is bedoeld voor faillissementen waarin sprake lijkt te zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur, en in de boedel onvoldoende middelen aanwezig zijn om hierop actie te ondernemen. Een aanvraag biedt de curator de mogelijkheid om bij voldoende verhaalsmogelijkheden bij de oud-bestuurders toch onderzoek te kunnen doen of een procedure te starten om onrechtmatig aan de boedel onttrokken

²⁹ Kamerstukken II, 2021/22 33925 VI, nr. 2, p. 40.

³⁰ Kamerstukken II, 2021/22 33925 VI, nr. 2, p. 126.

gelden en goederen terug te halen. Mocht er uiteindelijk geen of onvoldoende geld voor de boedel terug worden gehaald door de curator, dan komen de gemaakte kosten tot het afgesproken garantiebedrag voor rekening van de Staat. Hieronder valt ook de urenvergoeding van de curator. De hoogte van de beloning van de curator wordt vastgesteld door de rechtbanken. De salarispaling vindt plaats overeenkomstig de Richtlijnen in faillissementen en surseances van betaling, opgesteld door RECOFA.

De fraudesignalerende rol van de curator vloeit voort uit de Wet versterking positie curator en staat los van de GSR 2012. De Wet versterking positie curator heeft de fraudesignalerende rol van de curator ten aanzien van onregelmatigheden rondom een faillissement wettelijk geïnstitutionaliseerd en versterkt door deze taak van een vervolprocedure te voorzien. Op dit moment voert het WODC de evaluatie van de Wet Versterking positie curator en de Wet civielrechtelijk bestuursverbod uit. Dit onderzoek gaat onder meer in op de fraudesignalerende taak van de curator en het aantal fraudemeldingen. De oplevering van het onderzoek wordt voor het einde van 2022 verwacht en daarna zal uw Kamer hierover geïnformeerd worden. De vraag van de leden van de SP-fractie betreffende de taakopvatting van de curator en de problematiek rondom lege faillissementsboedels waardoor er niet altijd voldoende financiële middelen zijn om de curator (volledig) te betalen voor zijn werkzaamheden, was onderdeel van de discussienota betreffende het insolventierecht waarover van begin november 2021 tot medio maart 2022 is geconsulteerd.³¹ De reacties op de consultatie worden nu bestudeerd. Zoals ik in paragraaf 2 van deze nota in reactie op een vraag van de PvdA-fractie heb gemeld, is het mijn voornemen om uw Kamer in het najaar 2022 te informeren over de uitkomsten van de consultatie en over hoe ik deze uitkomsten wil vertalen in concrete vervolgstappen op het terrein van het insolventierecht.

Jaar	Nieuwe aanvraag door curatoren (instroom)	Ophogingsverzoek (instroom)	Uitbetaalde garantie door JenV (Dit betreft ook dossiers uit voorgaande jaren)	Opbrengsten voor de boedel (Dit betreft ook dossiers uit voorgaande jaren)
2013	234	140	1.068.448	2.510.121
2014	289	155	1.333.354	7.671.574
2015	258	182	1.429.005	6.282.539
2016	212	174	1.845.868	8.493.262
2017	192	140	2.626.000	7.169.261
2018	182	142	4.195.458	4.780.269
2019	145	96	1.976.630	6.807.636
2020	195	116	1.566.623	5.354.899
2021	164	133	3.561.775	6.647.715

³¹ Zie pagina's 13 en 14 van deze discussienota (<https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>).

De leden van de SP-fractie vragen of de regering zich de aangenomen motie Van Nispen c.s. (Kamerstukken II 35249, nr. 21) herinnert die de regering opdroeg te onderzoeken hoe een rechtvaardigere verdeling van de boedel tussen banken en overige schuldeisers gemaakt kan worden bij faillissement en daartoe met voorstellen te komen en zo ja, waar de concrete voorstellen in dit kader blijven en of de regering bereid is deze voorstellen alsnog zo snel mogelijk aan de Kamer te doen toekomen.

Naar aanleiding van de motie die de leden van de SP-fractie noemen, is in de periode van 2 december 2020 tot 1 juli 2021 onder leiding van het WODC een onderzoek uitgevoerd door de Rijksuniversiteit Groningen naar de positie van concurrente schuldeisers in faillissement. Op 16 september 2021 is het onderzoeksrapport aan uw Kamer toegezonden.³² Het onderzoek en de uitkomsten daarvan zijn kort beschreven in de discussienota betreffende het insolventierecht waarover is geconsulteerd.³³ De onderzoekers hebben het effect van verschillende mogelijke maatregelen – die deels geïnspireerd zijn op voorstellen die eerder in het kader van de behandeling van de WHOA in de Tweede Kamer als amendement werden ingediend bij die wet – onderzocht en geanalyseerd welke voor- en nadelen kleven aan deze maatregelen. Zij hebben geen aanbevelingen gedaan, maar wel laten zien dat de onderzochte maatregelen niet steeds leiden tot significante voordelen voor de concurrente schuldeisers, soms complex zijn en ongewenste extra administratieve handelingen kunnen meebrengen die ten laste komen van het actief dat in een faillissement nog beschikbaar is voor de schuldeisers. De eerste indruk is dat een herverdeling van de boedel uiteindelijk niet zal leiden tot een daadwerkelijke verbetering van de

³² https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/brieven_regering/detail?id=2021Z15675&did=2021D33629.

³³ Zie pagina's 17 en 18 van deze discussienota (<https://www.internetconsultatie.nl/consultatieinsolventie>).

positie van de concurrente schuldeisers. Dit roept de vraag op of concurrente schuldeisers niet meer gebaat zijn bij andere maatregelen – waarvan er ook verschillende expliciet worden genoemd in paragraaf 3 van de discussienota – waarmee zij beter in staat worden gesteld om het risico dat vorderingen onbetaald blijven, te beperken. Deze vraag is in de consultatie over de discussienota aan de praktijk voorgelegd. De reacties hierop worden nu bestudeerd. Zoals ik eerder in paragraaf 2 van deze nota in reactie op een vraag van de PvdA-fractie heb opgemerkt, is het mijn voornemen om uw Kamer in het najaar 2022 te informeren over de uitkomsten van de consultatie en over hoe ik deze uitkomsten wil vertalen in concrete vervolgstappen op het terrein van het insolventierecht.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

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

De leden van de VVD-fractie vragen aandacht voor de toegang voor (ex-)ondernemers tot kwijtschelding van hun schulden. Deze leden begrijpen dat de Wsnp op papier op dit punt aan de richtlijn voldoet, maar constateren met een aantal geconsulteerde organisaties dat de praktijk weerbarstig is. Daarom vragen zij of na implementatie van dit wetsvoorstel Nederland ook daadwerkelijk in de praktijk aan de richtlijn voldoet op dit punt. Voordat een 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). De leden van de VVD-fractie wijzen erop dat INSOLAD in haar consultatiereactie bijvoorbeeld beschrijft dat in bijna tweederde van de gemeenten de hulp voor ondernemers hierbij onduidelijk of geheel afwezig bleek te zijn en zij vragen op welke wijze de regering ervoor gaat zorgen dat ten aanzien van dit onderdeel niet alleen op papier, maar ook in de praktijk daadwerkelijk wordt voldaan aan de richtlijn. Deze leden vragen of inmiddels bekend is of alle gemeenten beleid hebben gemaakt en daadwerkelijk hulp beschikbaar hebben gesteld om te voldoen aan de richtlijn en of de regering kan toelichten of hier gesprekken over gaande zijn met de Vereniging voor Nederlandse Gemeenten (VNG) en zo ja, of de regering de Kamer kan informeren over de uitkomsten.

Het is in principe de bedoeling dat er altijd eerst een poging wordt gedaan om problematische schulden via een buitengerechtelijk schuldhulpverleningstraject op te lossen. Als een dergelijk traject slaagt, kan dit leiden tot een eerdere schuldoplossing voor de schuldenaar en snellere duidelijkheid voor de schuldeisers omtrent de vraag of zij nog enige betaling op hun vordering tegemoet kunnen zien. Als een buitengerechtelijke schuldoplossing niet mogelijk blijkt, kan de schuldenaar vragen om toegelaten te worden tot de Wsnp. In paragraaf 4 van de memorie van toelichting is ingegaan op het opmerkingen die INSOLAD tijdens de consultatie over het voorontwerp van dit wetsvoorstel heeft gemaakt en is nader toegelicht dat dit systeem voldoet aan de richtlijn.³⁴ Een buitengerechtelijk schuldhulpverleningstraject wordt vaak aangeboden door de gemeente of de gemeentelijke kredietbank. Er zijn echter ook andere partijen die schuldenaren in het kader van een buitengerechtelijk schuldhulpverleningstraject kunnen bijstaan. Zo werken gemeenten ook samen met instellingen die zich in opdracht en voor rekening van gemeenten met schuldhulpverlening bezighouden. Dit kunnen ook instellingen zijn die zich specifiek richten op hulp

³⁴ Kamerstukken II 2021/22, 36 040, nr. 3, p. 63.

aan zelfstandig ondernemers met schulden. Verder kunnen schuldenaren ook worden bijgestaan door advocaten, curatoren, bewindvoerders, notarissen, deurwaarders, registeraccountants en accountant-administratieconsulenten. Dit neemt niet weg dat het buitengerechtelijke schuldhelpverleningstraject nog steeds vooral vaak een gemeentelijke aangelegenheid is. Alle gemeentes bieden hulp aan zelfstandig ondernemers met schulden, maar daarbij is wel sprake van verschillende type arrangementen. Het kabinet zich ervoor in om de brede armoede- en schuldenaanpak met volle kracht voort te zetten. In dat kader verken ik, samen met de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen, welke andere maatregelen genomen kunnen worden om de aanpak van de schuldenproblematiek te versnellen. Daarbij richt vooral de Minister voor Armoedebeleid, Participatie en Pensioenen zich op de verbetering van het buitengerechtelijk schuldhelpverleningstraject. Zij heeft in dat kader ook specifieke aandacht voor zelfstandig ondernemers. Mocht een zelfstandig ondernemer onvoldoende aansluiting vinden bij een buitengerechtelijk schuldhelpverleningstraject, dan betekent dit overigens niet dat hij daarmee ook zonder meer verstoten is van toegang tot de Wsnp. De zelfstandig ondernemer kan in dat geval ook zijn eigen faillissement aanvragen en de rechter na zijn faillietverklaring verzoeken om het faillissement om te zetten in een Wsnp-traject (artikel 15b Fw). Dit is echter niet de geëigende route.

Onderdeel MM

De leden van de VVD-fractie lezen in de memorie van toelichting dat een WHOA-traject waarbij de schulden van de werkgever worden geherstructureerd in beginsel geen gevolgen heeft voor pensioenaanspraken en rechten van werknemers, gewezen werknemers, hun partners en gewezen partners. Dit sluit aan bij artikel 1 lid 6 van de richtlijn, dat strekt ter bescherming van pensioenaanspraken. Deze leden wijzen erop dat artikel 1 lid 6 alleen spreekt over opgebouwde rechten op bedrijfspensioenen. Het wetsvoorstel spreekt onder andere over vorderingen van werknemers tot betaling door hun werkgever van premie aan 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 of, als de pensioenovereenkomst niet wordt beheerst door Nederlands recht, een soortgelijke instelling uit een andere lidstaat in de Europese Unie of een derde land. Dit onderdeel van het wetsvoorstel lijkt zich verder uit te strekken dan strikt bedoeld is in de richtlijn. Zo is het voor deze leden niet geheel duidelijk in de richtlijn of alleen het werknemersdeel of ook het werkgeversdeel van de premie wordt bedoeld en hoe wordt omgegaan met verschillende soorten pensioen- en premievorderingen. Deze leden wijzen ook op de grote verschillen in pensioenstelsels in de EU, waardoor deze bepaling niet overal op dezelfde manier kan worden toegepast. De leden van de VVD-fractie vragen de regering toe te lichten welke andere EU-landen artikel 1 lid 6 op eenzelfde wijze interpreteren en in welke landen de onderhavige richtlijn al is omgezet in nationale wetgeving op eenzelfde manier.

In paragraaf 3.1 van deze nota heb ik een eerdere vraag van de leden van de D66-fractie hierover beantwoord. Ik verwijs hierbij terug naar dat antwoord, waarin ik heb toegelicht dat er bij de totstandkoming van de WHOA bewust voor is gekozen om in deze wet een uitzondering te maken voor rechten van werknemers die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Werknemers kunnen niet tegen hun wil gebonden raken aan een akkoord waarbij zij bijvoorbeeld loon moeten inleveren. In het onderhavige wetsvoorstel wordt in artikel 369, vierde lid, Fw verduidelijkt dat pensioenpremies, die ten behoeve van de werknemer worden afgedragen, ook onder deze

uitzondering vallen omdat dit een recht is dat voortvloeit uit een arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Deze aanpassing van artikel 369, vierde lid, Fw betreft dus niet de introductie van een nieuwe regel, maar een verduidelijking van de regeling die nu al geldt op basis van de WHOA. De Hoge Raad heeft op 25 februari 2022 een uitspraak gedaan waarin ook al op deze verduidelijking van de bepaling is geanticipeerd.³⁵ Van verschillende andere lidstaten – Cyprus, Duitsland, Estland, Hongarije, Polen en Slowakije – heb ik begrepen dat de rechten van werknemers daar ook niet kunnen worden ingeperkt door middel van een akkoord, waarbij in een aantal gevallen in dit verband ook expliciet wordt verwezen naar pensioenpremies.

Artikel II

De leden van de VVD-fractie begrijpen dat met de inwerkingtreding van de Wet tot wijziging van de wet griffierechten burgerlijke zaken (Wgbz) in verband met het introduceren van meerdere griffierechtcategorieën voor lagere geldvorderingen en het toevoegen van een griffierechtcategorie voor hoge geldvorderingen artikel 19a lid 2 Wgbz niet aan deze wijziging is aangepast, waardoor niet meer duidelijk is naar welke griffierechtcategorie in deze bepaling wordt verwezen. Deze leden vragen waarom deze wijziging is meegenomen in onderhavig wetsvoorstel en waarom niet is gekozen deze wijziging mee te nemen bij de Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2022. Ook vragen de leden van de VVD-fractie hoe deze wijziging zich verhoudt tot het kabinetsstandpunt dat slechts wijzigingen die noodzakelijk zijn ter implementatie van de richtlijn worden voorgesteld bij implementatiewetten en of de regering de mening deelt dat zoveel mogelijk moet worden gestreefd om geen nationale koppen op EU-wetgeving te zetten en dat dit onderdeel van het wetsvoorstel alleen al om die reden uitstekend buiten het bestek van de implementatiewet had kunnen worden voorgesteld?

De aanpassing van artikel 19a lid 2 Wgbz kon niet meer meegenomen worden in het wetsvoorstel betreffende de Verzamelwet Justitie en Veiligheid 2022, omdat dit wetsvoorstel zich al in een te vergevorderd stadium van het wetgevingstraject bevond op het moment dat duidelijk werd dat er behoefte was aan de genoemde aanpassing. De aanpassing is daarom meegenomen in het onderhavige wetsvoorstel. Dit is niet in strijd met de eerder in deze nota aangehaalde regel dat richtlijnen zuiver geïmplementeerd moeten worden (artikel 9.4 AR). De aanpassing is namelijk noodzakelijk om artikel 19a lid Wgbz te verduidelijken en daarmee voor de juiste en volledige implementatie van het onderdeel van de richtlijn dat ziet op het herstructureringsstelsel.

Artikel III

De leden van de SP-fractie wijzen erop dat artikel 3 lid 5 van de richtlijn ruimte biedt aan lidstaten om werknemersvertegenwoordigers steun te verstrekken bij de beoordeling van de economische situatie van de schuldenaar en vragen zich af waarom de regering deze mogelijkheid niet aangrijpt om bijvoorbeeld de publieke registers, zoals het Handelsregister en het UBO-register van meer informatie te voorzien en deze gratis te maken, zodat werknemers deze vrij kunnen doorzoeken en dus beter op de hoogte kunnen worden gesteld van de financiële positie van de onderneming. Ook vragen deze leden of de regering bekend is met het feit dat Nederland in de Global Open data Index qua bedrijfsinformatie slechts een schamele 15 van de mogelijke 100 punten scoort, waarmee het gepositioneerd is tussen Myanmar en Peru en wat de regering daarvan vindt.

³⁵ HR 25 februari 2022, ECLI:NL:HR:2022:328.

De leden van de SP-fractie wijzen er eveneens op dat werknemers in de huidige situatie, op basis van artikel 31 van de WOR, afhankelijk zijn van de financiële gegevens die de ondernemer hen verstrekt en vragen of de regering van mening is dat ondernemers dit op dit moment, bijvoorbeeld bij flitsfaillissementen, voldoende en op tijd doen. Ook vragen deze leden of de regering het eens is met de stelling dat het instrument van artikel 31 WOR niet afdoende is om de ondernemingsraden een goede kennispositie te geven; d.w.z. een positie waarin zij een zinnige bijdrage zouden kunnen leveren aan het voorkomen van insolventie. Als dit laatste niet het geval is, vragen zij om een toelichting daarop. In aansluiting hierop vragen deze leden of de regering bereid is te kijken naar de mogelijkheid om bijvoorbeeld accountants en belastingadviseurs te verplichten om rechtstreeks aan ondernemingsraden te rapporteren in geval van een dreigende, slechte financiële positie van de onderneming en zo niet, wat daarvan dan de redenen zijn. Verder merken de leden van de SP-fractie op dat ook gekwalificeerde schuldeisers een kennispositie kunnen hebben die beter is dan die van de ondernemingsraden en zij vragen zich af of de regering het eens is met de stelling dat het goed zou zijn dat deze gekwalificeerde schuldeisers gedwongen worden om hun informatie over mogelijke financiële problemen bij de onderneming te delen met de ondernemingsraden door bijvoorbeeld nalatigheid te bestraffen met het verlies van de status van separatist of preferente schuldeiser, zoals bijvoorbeeld in Italië en Frankrijk reeds praktijk is. Indien dit laatste niet het geval is, vragen deze leden daar een toelichting bij. Is de regering wel voornemens om dit te doen, dan willen deze leden graag weten wanneer de Kamer een uitgewerkt plan hierover kan verwachten.

In paragraaf 3.1 van deze nota is een eerdere vraag van de leden van PvdA-fractie hierover beantwoord. Ik verwijs hierbij terug naar dat antwoord, waarin is toegelicht welke instrumenten er zijn voor de OR om inzicht te kunnen krijgen in de economische situatie van de onderneming en waarom het voorstel van de vakcentrales om derden te verplichten de OR te informeren over mogelijke *“omstandigheden die tot dreigende insolventie kunnen leiden”*, niet is overgenomen. In aanvulling daarop merk ik op dat de OR het Handelsregister niet nodig heeft om informatie te kunnen verkrijgen over de economische situatie van de onderneming. Alle informatie die in dit verband relevant is dient de ondernemer op basis van artikel 31a WOR twee maal per jaar aan de OR te verstrekken. Ook kan de OR op ieder moment op basis van artikel 31 WOR actuele informatie opvragen bij de ondernemer. Het staat de OR wel vrij bij de KvK informatie op te vragen, zoals de jaarstukken die daar door de ondernemer zijn gedeponeerd. De KvK rekent hiervoor een bescheiden wettelijke tarief dat ten laste kan worden gebracht van de ondernemer als de OR kan laten zien dat dit kosten betreft *“die redelijkerwijze noodzakelijk zijn voor de vervulling van de taak van de OR”* (artikel 22, eerste lid, WOR). Verder geldt dat het UBO-register geen inzicht geeft in de economische situatie van de onderneming. Dit register maakt transparant wie de uiteindelijke eigenaar zijn van of zeggenschap hebben binnen een onderneming en is bedoeld om financieel-economische criminaliteit tegen te gaan. De Global Open data Index is mij niet bekend.

Reactie op de brief van Energie-Nederland van 18 mei 2022

In een brief van Energie-Nederland van 18 mei 2022 aan uw Kamer wijst zij op een zienswijze die zij samen met de European Federation for Energy Traders (EFET) heeft opgesteld. In deze zienswijze bepleiten zij om zogenoemde *“close-out netting arrangementen”* die worden toegepast

bij transacties op het terrein van de energie- en grondstoffenmarkten, uit te zonderen van de werking van de afkoelingsperiode die kan worden aangevraagd tijdens een WHOA-traject.

De zienswijze van Energie-Nederland en de EFET ziet op de EFET gas- en elektriciteitsovereenkomsten. Dit zijn financiële raamovereenkomsten die qua inhoud en structuur vergelijkbaar zijn met een ISDA Master Agreement of een Global Master Repurchase Agreement (GMRA) waarop mijn ambtsvoorganger in de memorie van antwoord bij de WHOA al eens eerder is ingegaan.³⁶ Deze financiële raamovereenkomsten zijn bedoeld om de internationale markt in derivaten- en effectenfinancieringstransacties te faciliteren. Zij vereenvoudigen de totstandkoming en de afwikkeling van dergelijke de fluctuerende waarde van derivaten en effecten. De EFET gas- en elektriciteitsovereenkomsten transacties en dragen bij aan het beheersen van de risico's die aan dit soort transacties verbonden zijn en samenhangen met betreffen specifiek de energiemarkten. Het gaat bij deze financiële raamovereenkomsten om transacties die twee partijen met elkaar sluiten tot bijvoorbeeld levering van energie op termijn of waarbij sprake is van een derivaat doordat één partij een specifiek risico – vaak een prijsstijging of -daling – overdraagt aan een andere partij. De betrokken partijen gaan vaak meerdere transacties met elkaar aan en zij hoeven daarvoor dan maar één financiële raamovereenkomst af te sluiten. Alle transacties die vervolgens plaatsvinden zijn dan afgedekt door die ene raamovereenkomst. De EFET gas- en elektriciteitsovereenkomsten en de daarbij behorende documenten omvatten onder meer bepalingen betreffende vervroegde beëindiging en afwikkeling van transacties indien zich bepaalde omstandigheden voordoen, zoals dat één van de betrokken partijen zijn verplichtingen niet nakomt of insolvent raakt. Energie-Nederland en de EFET noemen dit in hun zienswijze “beëindigingsrechten”. Verder voorzien de EFET gas- en elektriciteitsovereenkomsten ook in een systeem om bij een vervroegde beëindiging alle transacties die onder de raamovereenkomst tussen partijen tot stand zijn gekomen, in één keer volgens een vooraf afgesproken systeem af te wikkelen (“close-out netting”). Energie-Nederland en EFET duiden dit in hun zienswijze aan met de term “salderingsrechten”. Het gevolg hiervan is dat partijen niet langer over en weer verschillende rechten en verplichtingen op elkaar hebben, maar dat er een netto-vordering van de ene partij op de andere overblijft (en een daarmee corresponderende netto-verplichting van deze andere partij). Voor de betrokken contractspartijen is dit systeem van “beëindigingsrechten” en “salderingsrechten” van belang omdat zij hiermee de risico's kunnen beheersen die optreden als transacties niet worden of kunnen worden nagekomen.

Energie-Nederland en de EFET bepleiten de eerder genoemde uitzondering omdat zij vrezen dat de artikelen 373, derde en vierde lid, en 376 Fw ertoe kunnen leiden dat grote wederpartijen van kleinere Nederlandse energieleveranciers worden belemmerd in de uitoefening van hun “beëindigingsrechten” en “salderingsrechten” en daardoor niet meer onmiddellijk en direct kunnen overgaan tot “close-out netting” onder een EFET gas- en elektriciteitsovereenkomst, als die kleinere leveranciers:

- een WHOA procedure starten om hun schulden te herstructureren, of
- wanprestatie hebben gepleegd voorafgaand aan een WHOA-afkoelingsperiode.

Dit zou er dan weer toe kunnen leiden dat kleinere Nederlandse energiebedrijven hogere kosten moeten maken of dat grote buitenlandse energieleveranciers zich zelfs terug zullen trekken uit de

³⁶ Kamerstukken I 2020/21, 35 249, C, p. 7 e.v. en Kamerstukken II 2021/22, 36 040, nr. 3, p. 21.

Nederlandse markt met gevolgen voor de betaalbaarheid van de energievoorziening aan de consument.

Ik deel deze vrees van Energie-Nederland en de EFET niet en zie daarmee ook geen noodzaak voor de introductie van de door hen voorgestelde uitzondering.³⁷ In dit verband is het volgende van belang. Als de schuldenaar of een herstructureringsdeskundige bezig is met de voorbereiding van een akkoord, kan de rechtbank op zijn verzoek een afkoelingsperiode afkondigen (zie artikel 376 Fw). De afkondiging van een afkoelingsperiode die in beginsel ten hoogste vier maanden duurt, heeft drie gevolgen:

- schuldeisers op wie de afkoelingsperiode van toepassing is, kunnen hun bevoegdheid tot verhaal op goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren of tot opeising van goederen die zich in de macht van de schuldenaar bevinden, niet uitoefenen zonder machtiging van de rechtbank;
- de rechtbank kan op verzoek van de schuldenaar beslagen opheffen, en
- de behandeling van verzoeken tot verlening van surseance van betaling of faillietverklaring worden geschorst (artikel 376, tweede lid).

De afkondiging van een afkoelingsperiode heeft in beginsel niet tot gevolg dat een partij geen beroep meer kan doen op de in een EFET gas- en elektriciteitsovereenkomst opgenomen "*beëindigingsrechten*". Daarmee staat de afkoelingsperiode er dus ook niet aan in de weg dat de overeenkomst vervolgens wordt afgewikkeld volgens het daarin opgenomen "*close-out netting systeem*". Als de "*beëindigings- en salderingsrechten*" eenmaal zijn uitgeoefend en er daardoor een netto-vordering is ontstaan, kan de afkondiging van de afkoelingsperiode er wel toe leiden dat er tijdelijk geen verhaal gehaald kan worden op de goederen die tot het vermogen van de schuldenaar behoren om deze vordering te innen. De richtlijn verplicht de lidstaten echter om dit op deze manier te regelen en staat niet toe hierop uitzonderingen te maken (artikelen 6 en 7 lid 6 van de richtlijn). Doordat – zoals Energie Nederland en de EFET zelf opmerken in hun zienswijze – er bij EFET gas- en elektriciteitsovereenkomsten doorgaans geen financiële zekerheden worden verstrekt, bestaat het risico dat de netto-vordering uiteindelijk niet (volledige) geïnd kan worden. De WHOA leidt op dit punt echter niet tot een risicoverzwaarig voor de wederpartij van een Nederlandse energieleverancier. In een eventueel faillissement heeft deze wederpartij, bij gebrek aan bedongen zekerheid, een concurrente vordering waarop over het algemeen slechts in beperkte mate uitkering plaats vindt. De WHOA is bedoeld om een faillissement door middel van een akkoord met de schuldeisers af te wenden. Eén van de voorwaarden daarbij is dat de betrokken schuldeisers op basis van het akkoord niet in een aanmerkelijk slechtere positie mogen komen dan in faillissement (artikel 384, derde lid). Doorgaans is de uitkering die de schuldeisers bij een WHOA-akkoord ontvangen hoger dan de uitkering die zij in faillissement kunnen verwachten.

Uit artikel 373, derde lid, Fw volgt dat het enkele feit dat een schuldenaar of een herstructureringsdeskundige start met de voorbereiding van een akkoord en er in dat kader door de rechter een afkoelingsperiode wordt afgekondigd, geen grond kan zijn voor de beëindiging van een overeenkomst. Deze bepaling is nodig om te voorkomen dat waardevolle overeenkomsten als

³⁷ Ook Nijkamp en Steeg concluderen in een artikel over de gevolgen van de WHOA-regeling voor financiële raamovereenkomsten dat de belangen van partijen bij dergelijke overeenkomsten voldoende gewaarborgd zijn. Zie D.D. Nijkamp en R.W.K. Steeg, "How certain elements of the Dutch scheme may (or may not) affect ISDA Master Agreements", *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2021, p. 57; zie ook *Tijdschrift Financieel recht in de praktijk* 2021, p. 62.

gevolg van de start van een herstructureringstraject verloren gaan. Na de start van een WHOA-traject of de afkondiging van een afkoelingsperiode blijft het echter mogelijk om een beroep te doen op de in een EFET gas- en elektriciteitsovereenkomst opgenomen “*beëindigings- en salderingsrechten*” vanwege andere redenen, zoals een betalingsverzuim, een gedane verklaring die onjuist blijkt te zijn of een neerwaartse aanpassing van een kredietbeoordeling.³⁸

In artikel 373, vierde lid, Fw is bepaald dat als er een afkoelingsperiode is afgekondigd, tijdens deze periode een eerder verzuim geen grond kan zijn voor beëindiging van een overeenkomst voor zover de schuldenaar zekerheid heeft gesteld voor de betaling van de nieuwe verplichtingen die tijdens de afkoelingsperiode ontstaan. 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, doordat beëindiging van de overeenkomst enkel wordt beperkt als de schuldenaar zekerheid heeft gesteld voor de betaling van de nieuwe verplichtingen die tijdens de afkoelingsperiode ontstaan. Als de schuldenaar die zekerheid niet heeft gesteld, hoeft de wederpartij niet af te wachten of die zekerheid alsnog gesteld wordt. Als de kleinere Nederlandse energieleveranciers dus geen zekerheid heeft gesteld, kan de wederpartij de overeenkomst direct beëindigen met een beroep op de in een EFET gas- en elektriciteitsovereenkomst opgenomen “*beëindigingsrechten*”.

De Minister voor Rechtsbescherming,

³⁸ Kamerstukken II 2021/22, 36 040, nr. 3, p. 21.