

Allen & Overy LLP

Consultatie Implementatiewet Richtlijn Herstructurering en Insolventie | 2021



Inleiding

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Postbus 20301
2500 EH Den Haag
(ingezonden via www.internetconsultatie.nl)

Geachte heer Dekker,

Amsterdam, 2 mei 2021

Graag maken wij van de mogelijkheid gebruik om een bijdrage te leveren aan de internetconsultatie met betrekking tot de 'implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie' (het **Voorstel**) en de concept memorie van toelichting daarbij (de **Toelichting**). Met dit wetsvoorstel wordt de Europese richtlijn betreffende herstructurering en insolventie (de **Richtlijn**) geïmplementeerd.

Op 1 januari 2021 is reeds de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (**WHOA**) in werking getreden. Volgens de Toelichting is bij de voorbereiding van de WHOA ervoor gekozen om de WHOA zoveel mogelijk bij de Richtlijn aan te laten sluiten. Daarom kan de WHOA nu ook dienen als implementatie van het onderdeel van de Richtlijn betreffende het preventieve herstructureringsstelsel.

Wij zijn hier voorstander van en steunen dan ook het Voorstel.

Als implementatiewet van de Richtlijn, moet het Voorstel in onze optiek desalniettemin verbeterd worden ten aanzien van de mogelijkheid van een schuldenaar om zelf altijd een akkoord aan haar schuldeisers aan te kunnen (laten) bieden. In deze consultatiereactie zullen wij dit nader uitwerken.

Wij beperken ons hierin tot een reactie op het Voorstel als implementatie van de Richtlijn in de WHOA. Wij hebben ook andere, niet-Richtlijn gerelateerde, suggesties en opmerkingen verzameld naar aanleiding van onze ervaring met de WHOA in de praktijk tot op heden, maar menen dat die hier niet op zijn plaats zijn en zullen deze bewaren voor de officiële evaluatie van de WHOA.

Wij kijken uit naar een nieuwe versie van het Voorstel en de Toelichting.

Hoogachtend,

Allen & Overy LLP

Géza Orbán

Aroen Kuitenbrouwer

Brechje van der Velden

Duco Postma

Simon Aarts

Consultatiereactie

De Richtlijn stelt voorop dat wanneer gebruik wordt gemaakt van een herstructureringsstelsel de schuldenaar geheel, of tenminste gedeeltelijk, beheers- en beschikkingsbevoegd blijft (*“debtor in possession”*) en dat de schuldenaar zelf de controle kan houden over het herstructureringsproces (artikel 5 lid 1 Richtlijn). Wel kunnen lidstaten volgens de Richtlijn voorzien (in sommige gevallen: moeten zij daar ook in voorzien) in de aanstelling van een deskundige op het gebied van de herstructurering om de schuldenaar en de schuldeisers te assisteren bij de onderhandelingen over, en de opstelling van, het herstructureringsplan (artikel 5 lid 3 Richtlijn). De Toelichting verwoordt dit uitgangspunt als volgt: *“Hoewel de schuldenaar dus geheel of tenminste gedeeltelijk beheers- en beschikkingsbevoegd moet blijven, voorziet de richtlijn wel in de mogelijkheid dat er nadat de schuldenaar is toegelaten tot het herstructureringsstelsel, een herstructureringsdeskundige wordt aangesteld.”*

In de WHOA is ook voorzien in de figuur van de zogeheten ‘herstructureringsdeskundige’ (artikel 371 Fw). De benoeming van zo’n herstructureringsdeskundige vindt plaats op verzoek van de schuldenaar zelf, maar kan ook op verzoek van diens schuldeisers of aandeelhouders, dan wel de bij de schuldenaar ingestelde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, gebeuren.

In de WHOA is vervolgens gekozen voor een zogeheten exclusief *aanbiedingsrecht* van de herstructureringsdeskundige. Deze exclusieve rol is geregeld in artikel 371 lid 1, vierde volzin, Fw, welke bepaling als volgt luidt: *“Wordt het verzoek [tot benoeming van een herstructureringsdeskundige] toegewezen, dan kan de schuldenaar zolang de aanwijzing van de herstructureringsdeskundige duurt geen akkoord aanbieden op basis van artikel 370, eerste lid.”* Met andere woorden, indien een herstructureringsdeskundige benoemd wordt is hij vanaf dat moment, met uitsluiting van de schuldenaar, exclusief bevoegd een herstructureringsplan aan te bieden en ter stemming te brengen.

In onze optiek is dit exclusieve *aanbiedingsrecht* van de herstructureringsdeskundige in de WHOA niet (zonder meer) Richtlijnconform. De Richtlijn neemt in artikel 9 lid 1 juist de tegenovergestelde situatie als uitgangspunt (vergelijk het verschil van gebruik van de woorden *“zorgen ervoor”* en *“kunnen”* in de eerste en tweede zin van deze bepaling): *“De lidstaten zorgen ervoor dat schuldenaren, ongeacht wie overeenkomstig artikel 4 een preventieve herstructureringsprocedure aanvraagt, het recht hebben om herstructureringsplannen ter goedkeuring aan de betrokken partijen voor te leggen. De lidstaten kunnen ook bepalen dat en onder welke voorwaarden schuldeisers en herstructureringsdeskundigen het recht hebben om herstructureringsplannen voor te leggen.”* Met andere woorden, op grond van de Richtlijn moeten lidstaten in ieder geval er voor zorgen dat, ongeacht of er herstructureringsdeskundige is benoemd, de schuldenaar ook *zelf* nog een herstructureringsplan ter stemming kan (laten) brengen. Lidstaten zijn voor het overige bevoegd, maar daartoe op grond van de Richtlijn niet verplicht, om ook een herstructureringsdeskundige zo’n *aanbiedingsrecht* te geven.

Anders dan in de Richtlijn biedt de WHOA, in de huidige tekst noch in het Voorstel, op dit moment (zonder meer) de mogelijkheid voor een schuldenaar om een herstructureringsplan aan te (laten) bieden als er reeds een herstructureringsdeskundige is benoemd. In artikel 371 lid 1 Fw is het *aanbiedingsrecht* exclusief, met uitsluiting van ieder ander, aan de herstructureringsdeskundige toegekend. In onze lezing biedt de Richtlijn, in het bijzonder artikel 9 lid 1 Richtlijn, lidstaten niet de ruimte om schuldenaren (zonder meer) een *aanbiedingsrecht* te ontzeggen. Mede in het licht van het *‘debtor in possession’* uitgangspunt moeten lidstaten ervoor zorgen dat een schuldenaar met een herstructureringsplan dat plan ook *daadwerkelijk* ter stemming kan (laten) brengen. De WHOA garandeert dat recht op dit moment echter niet (zonder meer). Op dit punt is de WHOA in onze optiek dan ook niet (zonder meer)

Richtlijnconform.

De reeds beschikbare alternatieve mogelijkheid die de WHOA in zo'n geval slechts biedt om als schuldenaar aan de herstructureringsdeskundige een “*akkoord te overhandigen*” met “*het verzoek dit aan de stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders voor te leggen*” (artikel 371 lid 1 Fw) maakt dit volgens ons niet anders. Deze bepaling is later in het wetgevingsproces aan de WHOA toegevoegd, blijkens de nota van wijziging specifiek om aan te sluiten bij artikel 9 lid 1 Richtlijn. Hoewel er dus kennelijk reeds de intentie was om artikel 9 lid 1 Richtlijn te implementeren in de WHOA, gaat de WHOA in dit verband in onze optiek echter nog niet ver genoeg om daadwerkelijk Richtlijnconform te zijn.

Uit de WHOA volgt namelijk niet of de herstructureringsdeskundige ook daadwerkelijk *verplicht* is om aan zo'n *verzoek* van de schuldenaar gevolg te geven, noch wat de consequenties zijn als de herstructureringsdeskundige dat niet doet. In de nota van wijziging wordt hierover slechts als volgt bepaald: “*Uiteraard heeft het de voorkeur als de herstructureringsdeskundige en de schuldenaar in onderling overleg alsnog tot één akkoordvoorstel komen. Als dit niet lukt, is denkbaar dat beide akkoorden achter elkaar in stemming worden gebracht.*” De woorden “*is denkbaar*” impliceren dat er rekening gehouden wordt met de situatie waarin er slechts één herstructureringsplan in stemming wordt gebracht, terwijl de schuldenaar en herstructureringsdeskundige daaraan voorafgaand onderling dus niet tot één gezamenlijk herstructureringsplan zijn gekomen. De inherente voorwaardelijkheid dat het gebruik van het woord “*verzoek*” impliceert, kan onder de WHOA dus (potentieel) tot een situatie leiden waarin een schuldenaar het recht wordt ontzegd een herstructureringsplan ter stemming te (laten) brengen. Dat is in strijd met de Richtlijn, in het bijzonder artikel 9 lid 1.

Wij raden dan ook aan het Voorstel en de Toelichting op dit punt te verduidelijken, *ofwel* door te bepalen dat de herstructureringsdeskundige daadwerkelijk ook *verplicht* is om een herstructureringsplan ter stemming te brengen als hij daar overeenkomstig door de schuldenaar toe wordt verzocht (nadat eerst een redelijke inspanning door zowel de schuldenaar en de herstructureringsdeskundige is verricht om gezamenlijk tot één herstructureringsplan te komen), *dan wel* door te bepalen dat de schuldenaar zijn *aanbiedingsrecht* zelf behoudt.

Die eerste optie heeft wat ons betreft de voorkeur, nu dit slechts een beperkte verduidelijking op, of toevoeging aan, artikel 371 lid 1 Fw zou betekenen. Het feit dat de schuldenaar dan niet *zelf* (ook) het recht heeft om een herstructureringsplan daadwerkelijk *zelf* ter stemming te brengen, maar dat *via* de herstructureringsdeskundige moet doen (die daartoe dan *verplicht* is), maakt volgens ons overigens niet dat de WHOA daarmee (nog steeds) niet Richtlijnconform is. De wijze waarop lidstaten de schuldenaar dit *aanbiedingsrecht* vormgeven laat de Richtlijn in onze lezing aan de lidstaten zelf over, mits de schuldenaar dat recht maar niet (potentieel) geheel wordt ontzegd. Een bepaling waarin de schuldenaar het *aanbiedingsrecht* als zodanig behoudt, maar waarbij de formele uitvoering daarvan via de (daartoe *verplichte*) herstructureringsdeskundige loopt, is onzes inziens in lijn met artikel 9 lid 1 Richtlijn.

Een dergelijke beperkte toevoeging of verduidelijking van artikel 371 lid 1 Fw is daarmee ook in lijn met de in de nota van wijziging geuite wens, die wij volledig onderschrijven, om binnen de grenzen van de Richtlijn zo veel mogelijke meerdere parallelle akkoordtrajecten te voorkomen en waar mogelijk te concentreren in één door de herstructureringsdeskundige gecoördineerd traject. Met deze toevoeging behoudt de schuldenaar zijn *aanbiedingsrecht* conform de Richtlijn, maar is het nog steeds aan de herstructureringsdeskundige om te bepalen hoe en wanneer de stemming daarover daadwerkelijk plaatsvindt. Een herstructureringsdeskundige kan daardoor dan dus ook niet overvallen worden met een herstructureringsplan dat een schuldenaar, vlak na zijn benoeming, vlug ter stemming brengt, vóór dat de herstructureringsdeskundige in de gelegenheid is geweest zelf onderzoek en voorbereidingen te treffen.

In het verlengde hiervan, beschikt de herstructureringsdeskundige op dit moment ook over een exclusief *homologatierecht* in de WHOA. Als er een herstructureringsdeskundige is aangesteld, is het immers hij, met uitsluiting van ieder ander, die bepaalt of, en welk, door de schuldeisers goedgekeurd herstructureringsplan aan de rechter ter homologatie wordt aangeboden (artikel 383 lid 1 Fw, waarbij wij de “of” in samenhang met “zo die is aangewezen” interpreteren als een exclusieve disjunctie). Anders dan ten aanzien van het *aanbiedingsrecht* zwijgt de Richtlijn over de vraag *aan wie*, ná de stemming over een herstructureringsplan, het daarop volgende *homologatierecht* zou moeten toekomen.

Deze (potentiele) frictie tussen het door de Richtlijn ten opzichte van de schuldenaar gegarandeerde *aanbiedingsrecht* en het exclusieve *homologatierecht* voor de herstructureringsdeskundige zoals vormgegeven in de WHOA, laat zich echter niet eenvoudig oplossen. Een exclusief *homologatierecht* voor (alleen) de schuldenaar, doet immers evident af aan de effectiviteit van het initiatiefrecht van schuldeisers om via een herstructureringsdeskundige een herstructureringsplan tot stand te laten brengen. Dit terwijl het (de mogelijkheid tot een) initiatiefrecht juist van groot belang is voor het goed functioneren van de WHOA, gelet op de disciplinerende werking die daarvan uitgaat op opportunistische, weigerachtige, en/of treuzelende schuldenaren.

Hoe deze twee belangrijke uitgangspunten met elkaar op de meest geschikte manier te rijmen vallen, volgt onzes inziens in ieder geval niet *expliciet* uit de Richtlijn te ontwaren. Hoe de WHOA daar in dit verband dan ook mee om dient te gaan is niet een vraag die wij, aan de hand van Richtlijn, eenvoudig kunnen beantwoorden. Er dient onzes inziens evenwel een balans te worden getroffen tussen beide uitgangspunten om er voor te zorgen dat in de praktijk niet twee (conflicterende) akkoorden naast elkaar kunnen worden nagestreefd. Er dient tegelijkertijd recht te worden gedaan aan de rechten van de schuldenaar onder de Richtlijn evenals het, voor het goed functioneren van de WHOA zo belangrijke, initiatiefrecht van schuldeisers onder de WHOA. Wellicht dat in dit verband daarom eerder eventueel gedacht moet worden aan (slechts) een extra procedurele stap voor de herstructureringsdeskundige, of aanvullende rechtsingang voor de schuldenaar, voor het, overigens waarschijnlijk zeer theoretische geval, dat er ná stemming twee voor homologatie vatbare herstructureringsplannen blijken te zijn.

Allen & Overy



Géza Orbán

Associate

Tel +31 20 674 1382

geza.orban@allenoverly.com



Aroen Kuitenbrouwer

Partner

Tel +31 20 674 1142

aroen.kuitenbrouwer@allenoverly.com



Brechje van der Velden

Partner

Tel +31 20 674 1580

brechje.vandervelden@allenoverly.com



Duco Postma

Counsel

Tel +31 20 674 1480

duco.postma@allenoverly.com



Simon Aarts

Senior Associate

Tel +31 20 674 1775

simon.aarts@allenoverly.com

Amsterdam

Allen & Overy LLP
Apollolaan 15,
1077 AB Amsterdam,
PO Box 75440,
Amsterdam, 1070 AK
The Netherlands

Tel +31 (0)20 674 1000

Fax +31 (0)20 674 1111

GLOBAL PRESENCE

Allen & Overy is an international legal practice with approximately 5,500 people, including some 550 partners, working in more than 40 offices worldwide. Allen & Overy LLP or an affiliated undertaking has an office in each of:

Abu Dhabi
Amsterdam
Antwerp
Bangkok
Barcelona
Beijing
Belfast
Bratislava
Brussels

Budapest
Casablanca
Dubai
Düsseldorf
Frankfurt
Hamburg
Hanoi
Ho Chi Minh City
Hong Kong

Istanbul
Jakarta (associated office)
Johannesburg
London
Los Angeles
Luxembourg
Madrid
Milan
Moscow

Munich
New York
Paris
Perth
Prague
Rome
São Paulo
Seoul
Shanghai

Singapore
Sydney
Tokyo
Warsaw
Washington, D.C.
Yangon

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy LLP is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term **partner** is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2021. This document is for general guidance only and does not constitute advice. | EUO1: 2002890920.8