

Inbreng internetconsultatie Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie

ONL voor Ondernemers, 29 april 2021

De Europese richtlijn rond herstructurering en insolventie heeft als doel de positie van de MKB-ondernemer in het faillissementstraject te versterken, de financiële schade door faillissement zoveel mogelijk te beperken en levensvatbare bedrijven in staat te stellen om activiteiten voort te zetten. De richtlijn verplicht EU-lidstaten ertoe een raamwerk op te zetten dat ondernemers helpt bij het herstructureren van de schulden. In dit raamwerk is bijvoorbeeld terecht een extra garantie opgenomen specifiek ter bescherming van de kleine schuldeisers. ONL voor Ondernemers verwelkomt in de kern de gedachte achter de Europese richtlijn en voorliggende *Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie*. In de uitwerking heeft ONL op een aantal aspecten van voorliggende implementatiewet zorgen betreft de positie van de MKB-ondernemer. Met deze implementatiewet zou de MKB-ondernemer met financiële problemen extra bescherming moeten ervaren ten opzichte van de vaak machtige en grote schuldeisers in het faillissementstraject rond herstructurering en insolventie. Het ontbreekt ONL in de wettekst aan de waarborging van deze extra bescherming voor de MKB-ondernemer. ONL pleit voor enkele aanscherpingen in het wetsvoorstel die de positie van de MKB-ondernemer in het faillissementstraject daadwerkelijk versterkt en daarmee beter beschermd. De volgende punten verdienen een betere verankering:

- Voorkom gedwongen onteigening; alleen herstructurering met instemming van de ondernemer;
- Versterk de positie van de ondernemer door een procedure voor hoger beroep mogelijk te maken;
- Garandeer bij herstructureringstrajecten de onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige.

Op 1 januari 2021 is de Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA) in werking getreden. De WHOA biedt ondernemers met financiële problemen een instrument om een faillissement af te wenden. Ondernemers kunnen samen met een deel van de schuldeisers en mogelijke aandeelhouders een (onderhands) akkoord afspreken tot sanering en/of financiering rond een herstructurering. Naar verwachting is de WHOA een welkom middel in deze crisistijd, aangezien de huidige coronacrisis zware schade aanricht bij het MKB. De wet biedt levensvatbare MKB-bedrijven met een te zware schuldenlast de kans om buiten een faillissement te saneren of liquideren. Een deel van de Europese richtlijn herstructurering en insolventie is met de inwerkingtreding van de WHOA reeds geïmplementeerd. Met de voorliggende implementatiewet tracht de overheid volledig te voldoen aan de genoemde Europese richtlijn.

De verankering van de drie genoemde punten in de wettekst leidt tot een systeem rond herstructurering dat werkt voor ondernemers. Een systeem wat hen de ruimte geeft zich te herstellen van bijvoorbeeld de coronacrisis. Ook maakt dit ondernemers mogelijk om zich weer op de toekomst te richten. Zo wordt de ondernemer écht centraal gesteld in het herstructureringstraject; precies zoals de WHOA is bedoeld.

Voorkom gedwongen onteigening; alleen herstructurering met instemming van de ondernemer

In de WHOA kunnen, naast de schuldenaar, ook de schuldeisers en aandeelhouders het initiatief nemen om een herstructureringstraject te starten. Het doel van een herstructureringstraject is het bereiken van een akkoord over een herstructureringsplan zodat een onderneming niet failliet gaat, maar juist als levensvatbaar bedrijf een doorstart kan maken. De Europese richtlijn geeft aan dat instemming van de MKB-ondernemer als schuldenaar een vereiste is als het gaat over het in gang zetten van een herstructureringstraject. ONL ziet dat als de enige juiste weg. Er wordt gesproken over een mogelijke doorstart van het bedrijf van een hardwerkende ondernemer. Het is dan niet te

rechtvaardigen dat er een herstructureringstraject wordt opgezet tegen de zin van een ondernemer in. Vanwege de mogelijke gevolgen van het traject voor de onderneming is vrijwillige medewerking van een MKB-ondernemer noodzakelijk. In de implementatiewet wordt de mogelijkheid behouden om een herstructureringstraject zonder instemming van een ondernemer in gang te zetten doordat een afwijzing van een MKB-ondernemer als rechtspersoon door de schuldeisers bij de rechter kan worden aangevochten¹. Dit is absoluut onacceptabel en niet compatibel met de Europese richtlijn. ONL roept dan ook op om instemming van MKB-ondernemers met een herstructureringstraject onder de WHOA als absolute voorwaarde te stellen. Op die manier kan het belang van de desbetreffende ondernemer centraal worden gesteld en wordt gedwongen onteigening voorkomen.

Bescherm de positie van de ondernemer door hoger beroep mogelijk te maken

Een herstructureringstraject via de WHOA is een ingrijpend proces voor een ondernemer. Om tot een definitief akkoord met de schuldeisers te komen moet het akkoord door de rechter worden bekrachtigd. Uit de voorliggende implementatiewet wordt duidelijk dat ondernemers niet de mogelijkheid krijgen om in hoger beroep te gaan tegen de uitspraak van een rechter over (de totstandkoming van) een WHOA-akkoord. De redenatie hierachter is de snelheid en efficiëntie die nodig is bij het in gang zetten van een herstructureringstraject en het bereiken van een akkoord. Hoewel ONL deelt dat snelheid en efficiëntie van groot belang zijn, kan en mag dit nooit een reden zijn om ondernemers de mogelijkheid te ontnemen om hoger beroep aan te tekenen. Bij een ingrijpende beslissing als een herstructureringstraject moeten ondernemers toegang houden tot de normale gerechtelijke middelen. ONL pleit, in overeenstemming met de EU-richtlijn, voor een wettelijke verankering in de voorliggende implementatiewet van de mogelijkheid voor ondernemers om hoger beroep (of spoedberoep) aan te tekenen tegen een uitspraak van de rechter.

Garandeer bij herstructureringstrajecten de onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige

In de meeste gevallen wordt het herstructureringstraject begeleidt door een herstructureringsdeskundige. Deze deskundige helpt de MKB-ondernemer met financiële problemen en de schuldeisers bij het komen tot een herstructureringsplan. Deze deskundige bereidt het akkoord voor, legt het voor aan de schuldeisers en uiteindelijk aan de rechter. Door de WHOA is wettelijk vastgelegd dat de MKB-ondernemers als schuldenaar instemming moet geven voordat de herstructureringsdeskundige het akkoord voorlegt aan de rechter. In de voorliggende implementatiewet wordt dit proces aangepast; instemming van de MKB-ondernemer als schuldenaar is vereist voorafgaand aan de aanstelling van de herstructureringsdeskundige.

Juist omdat de MKB-ondernemer al bij de start van het herstructureringstraject moet instemmen met de verdere invulling van het traject is het cruciaal dat de herstructureringsdeskundige een onafhankelijke positie kan innemen. Schuldeisers en/of aandeelhouders kunnen, wanneer zij op eigen initiatief het herstructureringstraject zijn gestart, een deskundige aandragen. ONL vindt de samenloop van deze twee aspecten zeer onwenselijk, omdat de neutraliteit van de deskundigen niet voldoende gegarandeerd kan worden. Zo verliezen ondernemers onnodig de regie over het proces. ONL pleit voor meer transparantie in het proces om de onafhankelijkheid van de herstructureringsdeskundige beter te kunnen garanderen. ONL denkt hierbij aan een betere afbakening van het juridische kader rond de aanstelling van een herstructureringsdeskundige en een openbaar register met een actueel overzicht van alle gediplomeerde herstructureringsdeskundigen en hun achtergrond.

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering>. Memorie van Toelichting, p. 21.