

De nieuwe Insolventie-Advocaat

PH.W. SCHREURS¹

1. Inleiding

In 2017 hield ik bij aanvaarding van het voorzitterschap van Insolad een voordracht over de doelstellingen van de vereniging zoals het huidige bestuur die ziet.² Daarin gaat eerst en bovenal de aandacht uit naar verbetering van kwaliteit. Met die verbetering probeert Insolad bij te dragen aan een efficiënter en transparanter insolventieproces. In mijn voordracht vroeg ik kort aandacht voor de noodzaak die het bestuur ziet om, gelet op de aandacht die verschuift van liquidatie en afwikkeling naar herstructurering en preventie, de leden niet vooral op te leiden tot curatoren, maar hen breder te ontwikkelen en ook specialist te maken in dat pre-insolventieproces nu dat ook andere vaardigheden vraagt.³ Dat lijkt een vanzelfsprekende veronderstelling. In dit artikel probeer ik evenwel meer fundamentele voor dat standpunt te vinden.

Binnen het thema van de bundel dit jaar past ook een onderzoek naar de rol van de pre-insolventiefunctaris ten opzichte van vooral de schuldenaar.⁴ Het meer en meer wortelen van pre-insolventiemaatregelen in de Nederlandse insolventiecultuur zal invloed hebben op de hier werkzame hoofdrolspelers, hun doelstellingen,

-
1. Flip Schreurs is advocaat corporate litigation bij Boels Zanders Eindhoven en als buitenpromovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht, Radboud Universiteit. Dit artikel is uitdrukkelijk op persoonlijke titel geschreven en niet als bestuurslid van Insolad. Ik zou dit artikel niet hebben kunnen schrijven zonder het zeer uitvoerige (internationale) bronnenonderzoek van Sits Schreurs die bezig is met de Legal Research Master aan de Rechtenfaculteit van de Universiteit Utrecht.
 2. Te vinden op de website van Insolad via <https://static.basenet.nl/cms/105928/nieuwsbrief/Speech%20Vz%20Insolad%2020170912.pdf>.
 3. Insolad leidt overigens geen curatoren op maar insolventie-advocaten. Dat betekent dat beoogd wordt leden de competenties te verschaffen die nodig zijn om te adviseren ter zake insolventies. Daarbij wordt onmiskenbaar veel aandacht besteed aan de curator en diens werkzaamheden.
 4. Eerder onderzocht ik dit thema al in 'Tuingereedschap – Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement', in: *De Gereedschapskist van de Curator; Insolad-bundel 2016*, waar ik de *tools* besprak die een (stille) bewindvoerder ten dienste staan. Een voorvraag stelde ik aan de orde in 'Hoe stil is de stille bewindvoerder eigenlijk?', *FIP* 2013, nr. 8.

hun gedrag en hun effectiviteit.⁵ Inmiddels hebben de ontwerp Richtlijn inzake herstructureringsrichtlijn⁶ en het consultatievoorstel WHOA⁷ het licht gezien. De Herstructureringsrichtlijn beoogt de lidstaten de verplichting op te leggen tot het invoeren van pre-insolventiemaatregelen (ook wel aangeduid als ‘preventieve maatregelen’, namelijk ter preventie van faillissement, het ten ondergaan van levensvatbare bedrijven en het verlies van werkgelegenheid). De WHOA is een voorstel dat op de invoering van de ontwerp Herstructureringsrichtlijn vooruitloopt.⁸ In beide ontwerpregelingen komen diverse functionarissen voor die met onafhankelijkheid moeten bijdragen aan het beoogde resultaat⁹ en in de consultatiebijdragen is daarop ook gereflecteerd.

In dit artikel probeer ik vooral grip te krijgen op de pre-insolventiefunctionarissen die in de WHOA geïntroduceerd worden. Daartoe wil ik, nu de Nederlandse praktijk er nog weinig ervaring mee heeft, een blik over de grens werpen en bezien hoe vergelijkbare functionarissen opereren in een aantal landen waar al pre-insolventiewetgeving in werking getreden is. Het gaat me daarbij om de onafhankelijke buitenstaander die op grond van zijn deskundigheid betrokken wordt bij een preventieve procedure.¹⁰ Rechtsvergelijkend onderzoek biedt

-
5. Tot voor enige jaren hadden we slechts de bewindvoerder in surseance, als pre-insolventie-instrument nooit erg populair geworden. In dit artikel sta ik niet stil bij de Wsnp bewindvoerder en de inmiddels aan zijn succes ten onder gegane stille bewindvoerder.
 6. Gepubliceerd op 22 november 2016 (2016/0359) en een eerste addendum op 16 mei 2018 (2016/0359, 8813/18 ADD1). Op 24 september 2018 is een nader voorstel gepubliceerd dat op 1 oktober 2018 ter onderhandeling is toegestuurd aan het Europese parlement (2016/0359(COD) 12334/18).
 7. Gepubliceerd op www.internetconsultatie.nl/wethomologatie (inclusief de consultatiereacties). Naar verwachting wordt een wetsvoorstel gepubliceerd omstreeks het verschijnen van deze bundel.
 8. Waarbij het opmerking verdient dat de WHOA niet geïnspireerd is op de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn, maar op de eerdere Aanbeveling C(2014) 1500 final, die de Europese Commissie op 12 maart 2014 liet uitgaan. Omdat de meeste lidstaten de daarin opgenomen uitnodiging tot het nemen van maatregelen onvoldoende invulling gaven heeft de Commissie besloten tot het publiceren van een verdergaande (want dwingende) richtlijn.
 9. Zie daarvoor Hoofdstuk 1 van de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn: samengevat, het versterken van de reddingscultuur, het voorkomen van faillissementen, het behoud van levensvatbare ondernemingen en daarmee het behoud van werkgelegenheid.
 10. De ontwerp Herstructureringsrichtlijn (recital 18) heeft het over “*een deskundige op het gebied van herstructurering, of dit nu een bemiddelaar is die de onderhandelingen over een herstructureringsplan ondersteunt danwel een insolventiedeskundige die toezicht houdt op de handelingen van de debiteur*”. Gelet op dit brede palet gebruik ik in dit artikel verschillende benamingen: insolventiedeskundige, functionaris, en dergelijke. Ik sta niet stil bij functionarissen die vergelijkbaar zijn met Wsnp-bewindvoerders (omdat ik mij beperk tot ondernemingen) en evenmin bij *chief restructuring officers*, omdat dat in de ideale situatie gewoon hele goede managers zijn die een normale statutaire bestuursfunctie vervullen en het niet moeten hebben van bijzondere regelgeving en hun onafhankelijke status. Evenmin sta ik stil bij de rol van de rechter.

inzicht in buitenlandse rechtssystemen en verschaft lering omtrent het eigen rechtssysteem. De in de WHOA geïntroduceerde functionarissen zijn geïnspireerd op eerder elders in Europa ingevoerde pre-insolventiefunctionarissen. Met deze rechtsvergelijking probeer ik daarom een beter begrip te verschaffen van de nog in Nederland te introduceren functionarissen en handvatten te zoeken voor een voor Nederland geëigende aanpak.

*“The soundness of every insolvency legislation depends on the quality of its practitioners: their legal quality, their integrity and their effectiveness.”*¹¹ Binnen Insolad zal moeten worden nagedacht over de rol die insolventieadvocaten in dat opzicht kunnen spelen, ook om zich te weer te kunnen stellen tegen de ambitie van andere beroepsgroepen. Enkele gedachten daaromtrent formuleer ik in dit artikel.

2. De voor Nederland relevante toekomstige regelgeving

In de thans circulerende concepten van de Herstructureringsrichtlijn en de WHOA komt een aantal bepalingen voor waarin gerefereerd wordt aan te benoemen functionarissen en hun rol. Hierna worden deze bepalingen uiterst summier uiteengezet.

a. Ontwerp Herstructureringsrichtlijn

De Ontwerp Herstructureringsrichtlijn beoogt aanpassing van insolventieprocedures om vroegtijdige herstructureringen mogelijk te maken en zo de reddingscultuur in de lidstaten te versterken.¹² Uitgangspunt daartoe is dat de debiteur *in possession* en daarmee het bestuur aan het roer van de onderneming blijft en dus niet in elke situatie een onafhankelijke functionaris¹³ wordt benoemd. Met name in de gevallen waarin executiemaatregelen worden opgeschort of (groepen van) crediteuren tegen hun wil aan een akkoord kunnen worden gebonden, is benoeming van een dergelijke onafhankelijke functionaris

11. E. Dirix, aangehaald in: Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency* 2017, p. 105.

12. Het nut van pre-insolventiemaatregelen wordt al eeuwen onderkend. Als een burger van het middeleeuwse Amsterdam te veel schulden had gemaakt werd hij, als er geen andere regelingen meer mogelijk waren, driemaal om de Dam geleid (en nog eerder waarschijnlijk rond het toenmalige stadje zelf). Daarbij werd gevraagd of er nog iemand was die borg voor hem wilde staan. Pas daarna kon de poorter (inwoner) door deze ontpoortingsprocedure uit de gemeenschap worden gestoten en eventueel worden gegijzeld. G. Mak, *Een kleine geschiedenis van Amsterdam* 2005, p. 55.

13. Zoals bijvoorbeeld een curator in geval van faillissement zou zijn.

evenwel mogelijk.¹⁴ Dat kan zowel een ondersteunende bemiddelaar zijn als een toezichthouder met meer of minder bevoegdheden.¹⁵

b. WHOA

In het consultatievoorstel voor de WHOA dat op 5 september 2017 werd gepubliceerd, is voorzien in een (binnen de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn passende) regeling op grond waarvan een schuldenaar een akkoord kan aanbieden aan (een deel van) zijn schuldeisers. Indien dat gebeurt kan de schuldenaar de rechtbank ook vragen om executiemaatregelen vooralsnog op te schorten. Indien de schuldenaar, daartoe aangespoord door een of meer crediteuren, niet of niet snel genoeg overgaat tot het aanbieden van een akkoord of een kansloos voorstel doet, dan wel het akkoord niet wordt gehomologeerd, kan de rechtbank, op verzoek van crediteuren een insolventiedeskundige benoemen. Die kan dan zelfstandig een akkoord aanbieden. Indien een aangeboden akkoord niet door alle (klassen van) schuldeisers wordt aanvaard kan het dwingend aan de niet instemmende crediteuren worden opgelegd na homologatie door de rechtbank. De rechtbank kan, ook in de situatie dat de schuldenaar een serieus akkoord aanbiedt, een deskundige benoemen om een beredeneerd verslag op te stellen op basis waarvan verdere beslissingen kunnen worden genomen.¹⁶ De rechtbank kan overigens ook op grond van de zogenaamde maatwerkbepaling¹⁷ een deskundige benoemen die het traject 'monitort'.¹⁸

In zowel de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn als de WHOA is het uitgangspunt dat de schuldenaar *in possession* blijft. Aangenomen wordt dat daarvan een stimulerende werking uitgaat om in een vroegtijdig stadium financiële problemen proactief aan te pakken door middel van herstructureringsmaatregelen. De (onafhankelijke¹⁹) functionaris komt pas in beeld indien daarvoor een concrete bijzondere aanleiding bestaat. In dit artikel onderzoek ik in

14. Artikel 5 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

15. Ovw. 18 Ontwerp Herstructureringsrichtlijn.

16. Artikel 376, lid 3 consultatievoorstel WHOA.

17. Artikel 377 consultatievoorstel WHOA.

18. In zijn op 11 september 2018 gepubliceerde tiende voortgangsbrief inzake de herijking van het faillissementsrecht (www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2017/09/28/tk-voortgangsbrief-programma-herijking-faillissementsrecht) heeft de Minister laten weten dat een wetsvoorstel op korte termijn naar de Ministerraad en nadien voor advies naar de Raad van State wordt gestuurd.

19. In Nederland is dit altijd het uitgangspunt. In andere rechtssystemen is benoeming van een insolventiedeskundige op verzoek en naar keuze van de schuldenaar respectievelijk schuldeisers mogelijk. Zie hierna ook § 4.

hoeverre deze uitgangspunten van invloed zijn op zijn competenties en de invulling van zijn taak.²⁰

3. Een blik over de grens

Nederland loopt in Europa niet voorop waar het pre-insolventiemaatregelen betreft.²¹ In een aantal van de overige lidstaten zijn sinds het begin van deze eeuw dergelijke voorzieningen geïntroduceerd. Hieronder bespreek ik (binnen het bestek van dit artikel uiterst summier) enkele van dergelijke regelingen die als inspiratie kunnen dienen bij het verfijnen van het toekomstige Nederlandse systeem.^{22, 23} Ik heb gekozen voor de nabij gelegen landen Duitsland, België en Frankrijk en de mediterrane landen Spanje, Portugal en Italië, waar op het eerste gezicht wat meer nadruk op bemiddeling ligt. Engeland loopt Europees voorop en kan dus evenmin ontbreken. Ik wijd kort aandacht aan de Verenigde Staten, dat samen met Engeland als voornaamste inspiratiebron voor de voorgestelde regeling geldt.²⁴ Helaas blijkt over de rol van de diverse functionarissen overigens nog maar beperkt literatuur van evaluerende aard beschikbaar.²⁵

België

Een eerste mogelijke preventieve maatregel is de aanstelling van een *ondernemingsbemiddelaar*.²⁶ Dat gebeurt door de rechtbank en uitsluitend op verzoek

-
20. Ik doe dat op grond van de veronderstelling dat het uitgangspunt de functionaris mede 'vormt'. Het doel van de regelingen heeft niet alleen bepaalde functionarissen nodig, maar creëert ook bepaalde functionarissen.
 21. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om stil te staan bij het gegeven dat deze achterstalligheid in extreme situaties (de zogenaamde 'noodzaakfinancieringszaken') heeft geleid tot ingrijpen via de Ondernemingskamer.
 22. Hierbij onder meer steeds puttend uit het zeer uitgebreide overzicht van Veder, Booms en Pannevis, *Rechtsvergelijkende verkenning in het kader van het programma Herijking Faillissementsrecht*. Online raadpleegbaar: www.wodc.nl/onderzoeksdatabase/2315-faillissementsrecht.aspx.
 23. Herstructureringsregelingen waar een onafhankelijk functionaris geen specifieke rol speelt, laat ik in feite buiten beschouwing, zoals bijvoorbeeld de Scheme of Arrangements in Engeland.
 24. Memorie van toelichting WCO II, p. 11-12 (2014).
 25. Met name herzieningswetgeving in Engeland en Spanje heeft aanleiding gegeven tot artikelen waar wordt stilgestaan bij de ervaringen die zijn opgedaan door pre-insolventie-functionarissen. Het uitputtend opgezette ELI-rapport van Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency*, uit 2017 is gebaseerd op uitvoerige rapportages van nationale specialisten, maar bevat veelal een beschrijving van de geldende regelgeving en slechts in beperkte mate een beschrijving van ervaringen die daarmee zijn opgedaan. Er is meer Amerikaanse literatuur maar dat is (behoudens een kleine uitzondering) buiten het onderzoek gehouden.
 26. Artikel 13 WCO.

van de schuldenaar, die daarbij ook kan aangeven welke persoon volgens hem de voorkeur verdient. De ondernemingsbemiddelaar heeft slechts een ondersteunende taak en werkt in opdracht van de schuldenaar. Zijn belangrijkste rol is het begeleiden van de onderhandelingen tussen de schuldenaar en diens schuldeisers met het oog op het sluiten van een buitengerechtelijk akkoord.

Een iets verdergaande maatregel is het openen van de *gerechtelijke reorganisatie*. Binnen deze procedure zijn verschillende mogelijkheden, waartussen ook gewisseld kan worden: een minnelijk akkoord, een collectief akkoord of de overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag.²⁷ De schuldenaar heeft het in de gerechtelijke reorganisatie zelf voor het zeggen (*in possession*). Is er sprake van een ernstige situatie, dan kan op verzoek van een schuldeiser een *gerechtsmandataris* worden aangesteld die in voorkomende gevallen door de rechtbank met een specifieke opdracht belast wordt, zoals de oplossing van een concreet probleem of onderhandeling met een bepaalde partij.²⁸ Die gerechtsmandataris wordt altijd benoemd indien overdracht van de onderneming wordt beoogd. De schuldenaar is daartoe dan zelf niet bevoegd.²⁹ De rechter speelt in deze systematiek een relatief actieve en betrokken rol.

Frankrijk

In de *mandat ad hoc* verzoekt de verder volledig bevoegde schuldenaar aan de rechtbank om een bemiddelaar aan te wijzen die hem bijstaat met het in kaart brengen van de problemen en in de vertrouwelijke onderhandelingen met schuldeisers om een akkoord te bewerkstelligen.³⁰ De *mandataire* bemoeit zich niet met het bestuur van de onderneming. Hoewel in de praktijk de *mandataire* reeds als adviseur betrokken is bij de schuldenaar, vervult hij een bemiddelende rol in de onderhandelingen tussen de onderneming en haar schuldeisers. Hij kan ook een specifiekere rol innemen, bijvoorbeeld bij het oplossen van een aandeelhoudersgeschil.³¹

Een (veelal aansluitende) iets verdergaande maatregel is de *conciliation*. Het belangrijkste verschil met de *mandat* is dat het akkoord ter bevestiging of homologatie aan de rechtbank wordt voorgelegd en daarmee bindend wordt.

27. Artikel 16 WCO.

28. Artikel 14 WCO.

29. Vanmeenen, *WCO, de Belgische app voor ondernemers in moeilijkheden*, p. 200. Zie ook E. Dirix, 'De nieuwe Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen', *TvI* 2009/16.

30. Artikel 611-3 CC.

31. Z. Crhová, M. Paseková, *A Comparative Analysis of Insolvency Proceedings in France, Germany and Slovak Republic*, p. 2890; J.-C. Bancal, *French Judges' Far Reaching Powers in Partners and Shareholders Disputes*, p. 7.

Van de *conciliateur* wordt een meer actieve rol verwacht, bijvoorbeeld bij het adviseren over de gewenste herstructureringsmaatregelen.³²

Ingrijpender is de *sauvegarde*. Wederom op eventueel aanwijzen van de debiteur benoemt de rechtbank een *administrateur* die formele bevoegdheden krijgt om preventieve maatregelen uit te werken en te nemen. De plannen moeten leiden tot voortzetting in geherstructureerde vorm. De dagelijkse bedrijfsleiding blijft echter bij de debiteur.³³ Naast de *administrateur* wordt een *mandataire judiciaire* benoemd die tot taak heeft de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te behartigen.³⁴

Engeland

In de *administration* wordt (in de meeste gevallen: door de rechtbank³⁵) op verzoek van de schuldenaar of schuldeisers een *administrator* benoemd, die in het belang van de gezamenlijke crediteuren streeft naar een herstructurering. Dat kan uitmonden in het redden van het bedrijf of in een liquidatie daarvan. De *administration* mondt veelal uit in een Company Voluntary Arrangement (CVA) of in een Scheme of Arrangements (SoA) of een combinatie daarvan.³⁶ Tijdens de *administration* geldt een moratorium voor executiemaatregelen en is het bestuur van de vennootschap slechts beperkt bevoegd. De *administrator* is een gekwalificeerde functionaris. Hij is degene die de voorstellen formuleert en de uitvoering ervan bewaakt. In geval een CVA wordt voorgesteld aan de crediteuren wordt een insolventiedeskundige als *nominee* voorgedragen ter bewaking daarvan. Na aanvaarding van de CVA wordt deze benoemd tot *supervisor*. De SoA leidt verder niet tot benoeming van een specifieke functionaris.³⁷

32. Artikel 611-6 en 611-7 CC. Zie ook: E. Cafritz, L. Assaya en J. Gillespie, *Reform of French Bankruptcy Law: Adoption of the Business Safeguard Act*, p. 563-564.

33. Artikel 622-1 en 622-3 CC.

34. E. Cafritz, L. Assaya en J. Gillespie, *Reform of French Bankruptcy Law: Adoption of the Business Safeguard Act*, p. 565-568.

35. Het is ook mogelijk om de administrator out-of-court te benoemen. Zie Schedule B1 IA, § 10-34; H. Smithson, 'Role of Insolvency Practitioners in Restructuring and Bankruptcy in the UK', in: T.M. Hajjiri, A. Cohen (eds.), *Global Insolvency and Bankruptcy Practice for Sustainable Economic Development*, London: Palgrave Macmillan 2016, p. 53.

36. De SoA wordt het meest toegepast.

37. Kastriinou en Jacobs, 'Pre-insolvency procedures: a United Kingdom and South African perspective', in: R. Parry en P. Omar (eds.), *Reimagining rescue*, Nottingham: INSOL Europe 2016, p. 97-101.

Spanje

In Spanje is in 2013 een buitengerechtelijke akkoordregeling ingevoerd om een einde te maken aan de grote achterstanden bij de rechterlijke macht.³⁸ Het initiatief voor een akkoord ligt bij de schuldenaar die vraagt om benoeming van een gekwalificeerde bemiddelaar met insolventie-expertise. Die beoogt in een korte, efficiënte procedure te komen tot een buitengerechtelijk akkoord en ziet toe op de nakoming daarvan.³⁹ De insolventiebemiddelaar moet voldoen aan uitvoerige wettelijke vereisten, waaronder onder meer 100 uur mediationtraining.⁴⁰ Het is geen gewone mediator die beoogt overeenstemming tussen partijen te bereiken, maar veeleer een insolventie-expert die een plan opstelt en met zijn bijzondere mediationvaardigheden probeert over dat plan op korte termijn overeenstemming te bewerkstelligen.^{41,42}

Duitsland

De Duitse faillissementsprocedure is in twee delen op te delen. De voorlopige insolventieprocedure en de (normale) insolventieprocedure. Zodra een debiteur bij de rechtbank verzoekt om opening van een insolventieprocedure, stelt de rechtbank een voorlopige curator en (afhankelijk van de grootte van het bedrijf) een crediteurencommissie aan. Veelal is dan ook een *Schutzschirmverfahren* van toepassing (afkoelingsperiode). De voorlopige insolventieprocedure wordt gebruikt om te beoordelen of sprake is van insolventie en of er genoeg geld is om de curator te betalen. De crediteuren kunnen deze tijd gebruiken om een kandidaat te nomineren die (eerst voorlopig, daarna definitief) als curator kan optreden. Binnen deze procedure kan zowel de curator als de schuldenaar een Insolvenzplan aanbieden. Als de onderneming echter een faillissement wil vermijden en wil en kan herstructureren, ligt het in de rede dat gebruik wordt gemaakt van de *Eigenverwaltung*. Daarbij blijft de debiteur *in possession* en krijgt drie maanden om zijn schulden te herstructureren. De debiteur staat onder toezicht van een *Sachwalter* (naar eigen voorkeur) die onder meer de financiële

38. De Acuerdo Extrajudicial de Pagos, opgenomen in artikel 233-241 Ley Concursal.

39. Tirado, *Out of Court Debt Restructuring in Spain, A Modernised Framework*, p. 9-10.

40. Spanje heeft als een van de weinige Europese lidstaten maximaal uitvoering gegeven aan de Europese Mediation Richtlijn 2008/52/EG. Wessels en Madaus, p. 126.

41. C. Senes, *El Acuerdo Extrajudicial de Pagos: Alternativa Efectiva Al Concurso de Acreedores*, p. 58, online raadpleegbaar: <https://dictum-abogados.bthemattic.com/files/2014/03/RevistaDerechoCivil-acuerdo-extrajudicial-de-pagos.pdf> (2014).

42. De sterke nadruk op mediation in het Spaanse systeem is inmiddels iets afgezwakt. A. Bou, 'Too many ineffective amendments to the Spanish Insolvency Law', *International Corporate Rescue 2015*, p. 162; P. Galeote, *Mediación Concursal el Acuerdo extrajudicial de pagos y el mediador concursal*, 2015, <http://ssrn.com/abstract=2659255>.

positie onderzoekt en controleert. De debiteur behoudt verder daadwerkelijk de controle over de bedrijfsvoering en heeft het initiatief ten aanzien van de saneringsvoorstellen. De Duitse wetgever heeft er expliciet naar gestreefd in deze fase een niet al te ‘sterke’ *Verwalter* naast de schuldenaar te zetten omdat dat het vertrouwen van stakeholders in de bedrijfsleiding en het door haar beoogde herstructureringsplan kan verstoren.⁴³ De precieze invulling blijft afhankelijk van de relatie die de *Eigenverwalter* en de *Sachwalter* met elkaar en met de stakeholders opbouwen.⁴⁴

Italië

In Italië zijn drie preventieve procedures beschikbaar. Zowel in de *piani attestati di risanamento* (‘herstructureringsplan’) als in het *accordo di ristrutturazione dei debiti* (gehomologeerd herstructureringsplan) moet een onafhankelijk expert met name een oordeel geven over de financiële haalbaarheid van het plan. Deze procedures worden voornamelijk gebruikt voor het saneren van de verhoudingen met (enkele) financiële schuldeisers. Ik laat deze verder onbesproken omdat daarin in beginsel slechts financiële deskundigen een (onafhankelijke) bijdrage leveren. In de ‘concordato preventivo’ (gerechtelijk dwangakkoord) wordt, onder toepasselijkheid van een moratorium, gestreefd naar een gerechtelijk dwangakkoord. In dat kader wordt naast de financiële expert een *commisario giudiziale* benoemd, die als bewindvoerder ruime bevoegdheden heeft. Hij beoordeelt het plan, ziet toe op de nakoming en mag ook concurrerende opties onderzoeken en aandragen.⁴⁵ Hoewel de *commissario giudiziale* niet uit een beperkte geregistreerde groep deskundigen wordt gekozen, geldt hij wel als een publieke functionaris.⁴⁶

Portugal

In de *Processo Especial de Revitalização* is sprake van een afkoelingsperiode en de aanstelling van een insolventiedeskundige. De taken en bevoegdheden van die functionaris kunnen door de rechtbank geheel op maat worden toegesneden.^{47,48}

43. Schuijling, ‘Hervorming van het Duitse insolventierecht: versterking van het reorganiserend vermogen’, *TvI* 2012/15 en *Bundestag Drucksache* 17/57612, p. 39.

44. Prof. Dr. S. Madaus, *Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland*, p. 12, Die Deutung der Rolle des Sachwalters.

45. G. Battaglia en A. Tavella, ‘The Italian Settlement with Creditors Procedure’, *Insolvency en Restructuring Int'l* 2015, 30, p. 32-33.

46. Artikel 163-165 jo. artikel 28 Legge fallimentare (LF).

47. Artikel 33 Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

48. Oliveira, *28 Months later – early study on Portuguese Reorganizations*, p. 13-14, online raadpleegbaar: https://run.unl.pt/bitstream/10362/18621/1/Oliveira_2016.pdf.

Van belang is dat de wet vergt dat hij deelneemt aan de onderhandelingen over een akkoord, de voortgang daarvan leidt en bewerkstelligt en belemmeringen door betrokkenen moet zien te vermijden.^{49, 50}

Een opvallende variant is de *Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extra-judicial* waar in een buitengerechtelijk mediationtraject onder toezicht van een publieke organisatie⁵¹ mediation plaatsvindt over een financiële reorganisatie. Naast deze publieke bemiddeling is opvallend dat overheidsorganen ook verplicht zijn deel te nemen aan die mediation.⁵²

Verenigde Staten

Buiten het bestek van dit op de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn geënte artikel valt het Amerikaanse systeem waarin de *debtor in possession* slechts onder toezicht van de rechter herstructureert. Niettemin zijn er uitzonderings-situaties waarin toch de benoeming van een *trustee* nodig wordt geacht, waardoor het management opzij wordt gezet, met name als er vermoedens van fraude zijn.⁵³ Ook bestaat er de mogelijkheid om een *examiner* te benoemen, die bepaalde kwesties nader kan onderzoeken. Het American Bankruptcy Institute heeft voorstellen ontwikkeld om de voordelen van een buitenstaander verdergaand te benutten. Daartoe is de figuur van een *estate neutral* ontwikkeld, die een volstrekt flexibel in te vullen rol zou kunnen spelen, waaronder met name de beslechting van geschillen en het opvangen van informatieasymmetrie.^{54, 55}

49. Portugal heeft als een van de weinige Europese lidstaten volledig uitvoering gegeven aan de Europese Mediation Richtlijn 2008/52/EG. Wessels en Madaus, p. 126.

50. Artikel 17D, lid 9 Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

51. IAPMEI (Instituto de Apoio ds Pequenas e Midias Empresas). Zie uitvoerig hierover: C. Serra, 'New kid in town: The corporate restructuring mediator', *Eurofenix*, autumn 2018, p. 36-37.

52. B. Ferreira, 'The Law of Corporate Restructuring and Insolvency in Portugal: A Brief Introduction from a Financial Creditor's Perspective', *5 Insolvency en Restructuring Int'l* 2011, 16.

53. Maar het blijven echt uitzonderingen, namelijk slechts in 3.6% van de grotere Chapter 11-cases; S. Korch, 'Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners', *34 Emory Bankr. Dev. J.* 2018, p. 427-428. Wessels en Madaus noemen 7%, p. 134.

54. S. Korch, 'Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners', *34 Emory Bankr. Dev. J.* 2018, 411, p. 414-415.

55. Wessels, 'Proposed recommendations for the reform of chapter 11 U.S. Bankruptcy Code', *Ondernemingsrecht* 2015/37, § 17-19.

4. Enige vergelijkingen betreffende de verschillende functionarissen

De Ontwerp Herstructureringsrichtlijn beoogt in de lidstaten van de Europese Unie preventieve maatregelen beschikbaar te maken. De behoorlijk grote verschillen die voorkomen in de lidstaten die daarover al beschikken (zoals blijkend uit de summier beschrijvingen in het vorige hoofdstuk) verklaren waarom de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn zo een enorm breed palet aan mogelijkheden probeert te omvatten. De Ontwerp Herstructureringsrichtlijn is daardoor ook wel wat diffuus.⁵⁶ Die verschillen komen niet alleen voort uit culturele verschillen, maar ook uit de onderliggende grote verschillen die de nationale rechtsstelsels hebben.⁵⁷ Zonder een specifieke volgorde aan te houden zijn relevante verschillen waar te nemen op onder meer de volgende aspecten.

De (krachts)verhoudingen tussen de schuldenaar en de functionaris verschillen van systeem tot systeem. Aangenomen wordt dat preventieve maatregelen meer kans op succes hebben als ze in een eerder stadium kunnen worden genomen.⁵⁸ Daarom wordt het zinvol geacht om geen al te hoge drempel op te werpen voor de toegang tot preventieve maatregelen⁵⁹ en wordt gestimuleerd dat schuldenaren controle over de onderneming behouden: het *debtor in possession* (of DIP)-model. De keerzijde daarvan is dat de crediteuren, meer dan de ondernemer,⁶⁰ op dat moment het financiële belang bij de onderneming hebben en de informatieasymmetrie in hun nadeel werkt waardoor toezicht van een objectieve buitenstaander vereist is: het *trustee*-model.⁶¹ In de speurtocht naar een systeem dat de voordelen van beide systemen in zich verenigt zien we verschillende uitwerkingen.⁶²

56. De vaagheid is bovendien alleen maar toegenomen tijdens de eerste onderhandelingsronde die afgerond is op 16 mei 2018 (2016/0359, 8813/18 ADD1) en de tweede die is afgerond op 1 oktober 2018 (2016/0359(COD) 12334/18).

57. In de considerans van de Ontwerp Herstructureringsrichtlijn (p. 6) wordt het als volgt beschreven: “*Het voorstel beoogt geen harmonisering van belangrijke aspecten van insolventie (...) Hoewel dergelijke regels nuttig zouden zijn om volledige grensoverschrijdende zekerheid tot stand te brengen (...) blijkt de huidige diversiteit in het rechtsbestel van de lidstaten op het gebied van insolventieprocedures te groot om te overbruggen, gezien de talrijke verbanden tussen de insolventiewetgeving en aanverwante gebieden van het nationaal recht, zoals belasting-, arbeids- en socialezekerheidswetgeving.*”

58. Volgens de Doing Business-index 2016 van de Wereldbank is het recuperatiepercentage in landen met een herstructureringscultuur gemiddeld 83% en met een liquidatiecultuur gemiddeld 57%.

59. Het gaat dan vooral om het criterium insolvent of voorzienbaar insolvent.

60. Zeker indien deze ook als aandeelhouder betrokken is.

61. Zie S. Korch, ‘Chapter 11, Corporate Governance and the Role of Examiners’, 34 *Emory Bankr. Dev. J.* 2018, 411.

62. N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord, grondslagen en raamwerk*, 2018, met name hoofdstuk 6 en 7.

De insolventiefunctionaris kan ‘boven’ de bestuurder staan doordat hij bijvoorbeeld (al dan niet uitsluitend) bevoegd is bij het beheer van de vermogensbestanddelen of het recht heeft de bestuurder te ontslaan. Ik ben van mening dat het daarbij niet alleen aankomt op formele macht maar ook op informele macht.⁶³ Zo is een surseancebewindvoerder op grond van artikel 228 Fw gezamenlijk met de bestuurder bevoegd te handelen en dus nevensgeschikt. Omdat de bewindvoerder het echter zelfstandig in zijn macht heeft⁶⁴ omzetting in faillissement te bewerkstelligen (waarna hij als curator alléén beschikkingsbevoegd is) is in de Nederlandse surseancepraktijk de bestuurder de facto ondergeschikt aan de bewindvoerder.⁶⁵

Anderzijds zijn er voorbeelden te vinden waarin de functionaris meer werkelijk nevensgeschikt lijkt, zoals de Duitse *Sachwalter* en de Franse *conciliateur*. In beide functies zijn er taken en bevoegdheden waarin de bestuurder het alleen voor het zeggen houdt en is er een beperkt takenpakket waarop de functionaris zijn invloed kan uitoefenen. Het is de *conciliateur* uitdrukkelijk niet toegestaan zich te mengen in het management van de onderneming.⁶⁶ In Engeland werd, voor de recentere wetswijzigingen, over de nominee geschreven: “(...) *the role of nominee is often viewed by insolvency practitioners as involving more responsibility than power (which is largely left with the incumbent management).*”⁶⁷

In het pure DIP-model verandert er in de bevoegdheden niets: de *debtor* gaat voort met bestuur en beheer en moet door informatieverzorging en overtuigingskracht zijn schuldeisers zover zien te krijgen genoeg te nemen met een of andere regeling. In het kader van de hiervoor besproken preventieve maatregelen valt op dat bij toepassing van een DIP-model ‘zware’ functionarissen (pas) in beeld komen indien er sprake is van onduidelijkheden, dreigend misbruik of als crediteuren de behoefte voelen aan herstel van evenwicht.

63. Zoals eerder betoogd in de in voetnoot 4 bedoelde artikelen.

64. Op grond van artikel 242 Fw.

65. Ik ga verder niet in op de bekend veronderstelde argumenten op grond waarvan de surseance als preventief instrument tekortschiet.

66. Zelfs in faillissement treedt dit aspect soms aan de dag. Zo is de rol van de statutaire bestuurder ten opzichte van een faillissementscurator niet geheel uitgespeeld. Vennootschapsrechtelijk blijft hij bevoegd en geeft op die wijze met enige regelmaat voedsel voor conflicten, met name waar de vennootschap vertegenwoordigd moet worden. Inmiddels is duidelijk dat waar de vermogensrechtelijke belangen van de vennootschap geraakt worden, de curator altijd (exclusief) bevoegd is. Het gaat buiten het bestek van dit artikel om hier nu dieper op in te gaan.

67. G. Yeowart, ‘Encouraging Company Rescue: What Changes are Required to UK Insolvency Law’, 3 *Law en Fin. Mkt. Rev.* 2009, 517.

Ten slotte komt ook de variant voor dat er naast de neven- of ondergeschikte functionaris een zelfstandige functionaris is met een specifieke taak in het belang van de crediteuren. Zo wordt in de Franse *sauvegarde* naast de *administrateur* eventueel ook nog een *mandataire judiciaire* benoemd die met name de belangen van de crediteuren behartigt.⁶⁸

Een volgend inhoudelijk verschil hangt samen met de vraag wie in doorslaggevende mate het initiatief heeft tot de procedure: de debiteur, de crediteur (en), of een combinatie.

Gegeven de stimulerende werking die toegedicht wordt aan het DIP-model om problemen niet te ontlopen maar op te lossen, ligt in bijna alle preventieve systemen het initiatief bij de schuldenaar.⁶⁹ Die kan toepassing van de regeling verzoeken en daarmee bescherming zoeken tegen executiemaatregelen of de onzekerheid wegnemen die de verschaffer van een noodkrediet bedreigt. Slechts in enkele landen hebben crediteuren van stond af aan de mogelijkheid om de debiteur te dwingen in preventieve actie te komen, zoals in Engeland.⁷⁰ Indien de debiteur onvoldoende voortvarend optreedt of (kwalijker) de bescherming van de preventieve maatregelen lijkt te misbruiken, wordt de invloed van crediteuren doorgaans vergroot. Dat kan door de instelling van een crediteurencommissie of door invloed van de crediteuren op de (aanstelling van) de insolventiedeskundige⁷¹ naast de stem die de crediteur houdt bij stemming over de voorgestelde regeling. Ik veronderstel⁷² dat een functionaris wiens benoeming geïnitieerd wordt door crediteuren een grotere neiging zal hebben hun belangen te adresseren.

68. E. Cafritz, L. Assaya en J. Gillespie, *Reform of French Bankruptcy Law: Adoption of the Business Safeguard Act*, p. 565-568.

69. Terzijde merk ik op dat in de thans in Nederland bestaande insolventieprocedures geen eenstemmige duidelijkheid is over de vraag of de *debiteur* invloed kan uitoefenen op de te benoemen functionaris bij een verzoek tot verlening van surseance of een eigen verzoek tot faillietverklaring. Bij sommige rechtbanken is daarover (meestal niet schriftelijk vastgelegd) beleid, maar dat verschilt: soms worden suggesties welwillend in overweging genomen, soms bewust genegeerd. Voor de crediteur zie hierna.

70. Al moet worden opgemerkt dat voor zover mij bekend in alle systemen de dreiging door een crediteur met een faillissementsaanvraag op zichzelf mogelijk is en, naar ik veronderstel, regelmatig de concrete aanleiding zal zijn voor de debiteur om in actie te komen.

71. In Engeland kan een out of court benoeming plaatsvinden, zie hiervoor noot 35. In Duitsland hebben crediteuren het recht een Insolvenzverwalter te kiezen. Dit heeft inmiddels geleid tot verkiezingen en tot publieke ratingsystemen over de effectiviteit van de Insolvenzverwalter. J. Willcock, 'Three Areas of Insolvency Reform: Global, the UK and Germany', 4 *Insolvency en Restructuring Int'l* 2010, 9, p. 11-12. Zie ook hierna noot 78.

72. Maar bij gebrek aan onderzoek of bewijs ook niet meer dan dat.

Er zijn vervolgens verschillen waarneembaar in de inhoudelijke taak die de wetgever aan de functionaris heeft toebedacht bij het tot stand brengen van het akkoord. Enerzijds komen er functionarissen voor die in feite adviseur van de schuldenaar zijn en waarvan ook expliciet vastligt dat er geen bezwaar is indien die persoon voorafgaand aan de toepassing van de procedure al een adviseursrol voor de schuldenaar heeft vervuld. In België, Frankrijk, Duitsland en Engeland is dat in ieder geval in meer of mindere mate mogelijk.⁷³

In het spectrum opschuivend zijn er anderzijds ook functionarissen die vanuit die adviesrol opschuiven naar een meer onafhankelijke positie omdat zij daadwerkelijk moeten gaan bemiddelen of mediaten tussen de stakeholders. Zoals aangegeven kan in Engeland een functionaris als *nominee* betrokken zijn bij het ontwerp van de CVA en daarna als *supervisor* belast met de uitvoering en bewaking. Zijn taak verandert dan mee: “*Negotiating as a go-between with the company and creditors is a core element as to what the nominee must do. (...) A supervisor’s role is to agree creditors’ claims and pay creditors according to the terms of the CVA.*”⁷⁴ Met name in Spanje en Portugal ligt erg veel nadruk op de mediationfunctie van de betrokken functionaris, met als doel zo snel mogelijk tot een aanvaardbare regeling te komen.⁷⁵

De pure ‘beslissers’ – al dan niet in gezamenlijkheid met de schuldenaar – sluiten de rij. Zij spelen vooral een rol bij de te continueren bedrijfsvoering.⁷⁶

73. “*The structure of CVAs requires the active intervention of an IP to act as a nominee for the proposal and to supervise the process once agreed. In practice, it is usually the case that the IP will also act as an advisor to management when drawing up the proposal. This close intervention by an experienced professional is appropriate because of the inexperience of management and the need for dispassionate decisions.*” T. Mccroft, *Companies cannot do it alone: An investigation into UK management attitudes to Company Voluntary Arrangements (CVAs) (CSFI) 2004*, p. 13. In Engeland zijn na het zogenaamde Graham-rapport strikte regels ingevoerd om misbruik van pre-insolventiemaatregelen te voorkomen. Eén daarvan is dat de *insolvency practitioner* nauwgezet zijn relatie tot de schuldenaar moet onderzoeken en beschrijven in een zogenaamde SIP-16-statement.

74. Report R3, *Company Voluntary Arrangements: Evaluating Success and Failure* sub 9.4, 2018. Online raadpleegbaar: www.r3.org.uk/media/documents/policy/policy_papers/corporate_insolvency/R3_ICAEW_CVA_Report_May_2018.pdf.

75. In Engeland wordt overigens wel een bemiddelende rol toegedicht aan de *supervisor* ten aanzien van informatieverschaffing door de schuldenaar aan zijn crediteuren: *A Review of the Corporate Insolvency Framework, Summary of Responses*, september 2016, p. 7 sub 2.21.

76. In België wordt een dergelijke rol gespeeld door de gerechtsmandataris. In Engeland is gediscussieerd over ‘the right skillset for restructuring’ en de vraag of turnaroundspecialisten die niet meer hebben dan *insolvency practitioners*. *Insolvency and Corporate Governance, Governments Response*, 26 augustus 2018, sub 5.62.

Eenmaal benoemd dienen de meeste functionarissen een actieve rol te vervullen. Dat is logisch in de situaties waarin zij zijn benoemd ten gevolge van inactiviteit van de schuldenaar. Wanneer zij van stond af aan actief zijn, zijn er echter duidelijke verschillen waarneembaar. Zo hebben de Franse *mandataire* en de Duitse *Sachwalter* duidelijk een beperkte rol. In Nederland is omtrent de stille bewindvoerder/beoogd curator een discussie gevoerd over de vraag of deze *a fly on the wall* (en daarmee tamelijk passief) diende te zijn danwel de gang van zaken daadwerkelijk mocht beïnvloeden.⁷⁷ Het is mij onbekend of in Duitsland en Frankrijk de bedoelde functionaris een vergelijkbare informele macht heeft in die zin dat die, alleen al door aan te geven dat hij bij een ongewijzigde koers zijn functie ter beschikking zou stellen, wijziging van de koers van de schuldenaar kan bewerkstelligen.^{78,79}

Naar mijn mening wordt dat mede beïnvloed door de mate waarin geregeld is dat de functionaris die wordt benoemd in de preventieve procedure wel of niet een rol kan spelen in de fase die daarop volgt, hetgeen tevens een volgend verschil is. Hierbij moet worden onderscheiden tussen een succesvolle en een mislukte preventieve procedure. Na een succesvolle procedure ligt het voor de hand dat de functionaris een rol blijft spelen vanwege zijn kennis van het dossier en betrokkenheid bij de stakeholders. Die rol kan zijn het bewaken van het plan en de uitvoering daarvan of optreden als bindend adviseur of een andere vorm van geschillenbeslechting bij resterende vraagstukken. Zo is het niet ongebruikelijk dat de *administrator* die een CVA voorstelt zichzelf voordraagt (*nominee*) om nadien op te treden als *supervisor*. De Spaanse *mediador* is zelfs gehouden toe te zien op de nakoming van het overeengekomen plan.⁸⁰ En de Duitse *Insolvenzverwalter* en de Italiaanse *commissario giudiziale* zien toe op de afwikkeling van het *Insolvenzplan*⁸¹ respectievelijk het *concordato preventivo*.⁸²

Mislukt de procedure en komt dus geen akkoord tot stand, dan is denkbaar dat de functionaris daarna toch een rol speelt in een vervolgfase, met name

77. M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', *TvI* 2015/35.

78. Zie hierover ook Prof. Dr. S. Madaus, *Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland*, Die Deutung der Rolle des Sachwalters, p. 12b.

79. Ph.W. Schreurs, 'Tuingereedschap – Schoffelen en wieden in de voortuin van het faillissement, in De Gereedschapskist van de Curator', in: *Insolad-bundel* 2016.

80. Artikel 241 Ley Concursal: "El mediador concursal deberá supervisar el cumplimiento del acuerdo."

81. Artikel 261 Insolvenzordnung: "Die Überwachung ist Aufgabe des Insolvenzverwalters."

82. G. Battaglia en A. Tavella, 'The Italian Settlement with Creditors Procedure', *9 Insolvency en Restructuring Int'l* 2015, 30, p. 32-33.

vanwege de grote kostenbesparing die kan worden bereikt door zijn kennis van het dossier niet verloren te laten gaan. Dat geldt zeker indien niet sprake is van een definitieve mislukking, maar slechts overgeschakeld wordt op een zwaardere procedure (zoals in veel rechtsstelsels mogelijk is).⁸³ Zo is ten aanzien van de *administrateur* in de *procédure de sauvegarde financière accélérée*⁸⁴ uitdrukkelijk bepaald dat indien voorafgaand een geregistreerde bemiddelaar betrokken is geweest (in het kader van een *mandat ad hoc* of een *conciliation*) deze wordt benoemd tot *administrateur* of *mandataire* en dat benoeming van een andere persoon expliciet dient te worden gemotiveerd.⁸⁵ Ook in Spanje wordt, indien de mediator gebruikmaakt van zijn recht het faillissement aan te vragen, die persoon in beginsel ook aangesteld als curator in het opvolgend faillissement.⁸⁶

Vanzelfsprekend is dit echter niet. Met name zie ik reden hier langer bij stil te staan voor de regelmatig voorkomende situaties dat de preventieve fase definitief mislukt en daarom overgeschakeld moet worden op een liquidatiescenario. Is het dan wel zo vanzelfsprekend om de functionaris die getracht heeft het akkoord tot stand te brengen ook te belasten met de afwikkeling van het faillissement? Tollenaar kiest voor de pragmatische benadering en stelt voor dat de door hem gesuggereerde stille toezichthouder in geval van een opvolgend faillissement benoemd wordt tot curator wegens zijn kennis van het dossier.⁸⁷ Die argumentatie is steekhoudend nu de middelen bij bedrijven in moeilijkheden altijd beperkt zijn. Maar inhoudelijk zijn er ook andere argumenten. Enerzijds valt niet uit te sluiten dat de persoon van de functionaris een rol heeft gespeeld bij het mislukken van het akkoord. Er kunnen gedurende het soms taaie onderhandelingsproces ook ten opzichte van een dergelijke objectieve buitenstaander irritaties ontstaan.⁸⁸ Anderzijds is de functionaris niet

83. Met zwaarder bedoel ik een procedure met meer formele waarborgen. Zo kan een in de lichtere procedure mislukt akkoord in de zwaardere procedure alsnog worden aangenomen met geen of een kleinere meerderheid omdat dan bijvoorbeeld een gerechtelijke procedure moet worden gevolgd, zoals homologatie.

84. Dit is een *sauvegarde* procedure speciaal voor grotere ondernemingen en ziet op het treffen van regelingen met financiële schuldeisers.

85. Artikel L. 628-3 Code de Commerce: “*Lorsque le conciliateur est inscrit sur la liste prévue à l'article L. 811-2 ou sur celle prévue à l'article L. 812-2, le tribunal le désigne soit comme administrateur judiciaire, soit comme mandataire judiciaire, selon la profession qu'il exerce. Par décision spécialement motivée, il peut désigner une autre personne dans les conditions prévues à ces mêmes articles.*”

86. Wessels en Madaus, p. 131.

87. N. Tollenaar, p. 224-226.

88. De kans daarop lijkt me nog groter indien de functionaris op voordracht van de debiteur wordt aangesteld, zoals in België, Frankrijk en Engeland het geval kan zijn, maar dat is slechts speculatief.

geheel zonder een eigenbelang indien op voorhand vast zou staan dat hij curator in een opvolgend faillissement zou worden. Over de ‘perverse prikkels’ waarmee curatoren van doen hebben is veel geschreven, bijvoorbeeld als zij of kantoorgenoten procederen op kosten van de boedel. Ik ben van mening dat in die gevallen de pragmatische argumenten de doorslag dienen te geven en dat opleiding van en het toezicht op curatoren⁸⁹ voldoende moeten zijn om excessen te voorkomen. Wanneer er echter een wisseling van functie én procedure is, van preventie- naar liquidatiefase, vind ik dat daar langer bij moet worden stilgestaan.

In Duitsland kunnen crediteuren in die overgangsfase de curator verkiezen. Dat is mede omdat de voorlopige Insolvenzverwalter op voordracht van de debiteur kan worden aangesteld.⁹⁰ Ik ben in zijn algemeenheid geen voorstander van een al te grote invloed van crediteuren, omdat binnen die grote groep – waar sprake zou moeten zijn van concursus, samenloop – grotere onevenwichtigheden denkbaar zijn als één of enkele van hen het voor het zeggen krijgen, zoals dat kan gebeuren in een crediteurencommissie.⁹¹ Anderzijds zou ik menen dat het bepaald geen vanzelfsprekendheid is dat de insolventiedeskundige in een WHOA-procedure na het uitblijven van een akkoord benoemd wordt tot curator.⁹² Meer in het bijzonder zou(den) zowel de schuldenaar als de crediteuren de mogelijkheid moeten hebben zich daarover uit te laten⁹³ en zal de rechtbank naar mijn mening de benoeming van de opvolgend curator ten aanzien van de persoon expliciet dienen te motiveren. Het zou bovendien goed zijn als de rechtbanken in de toekomst met enige regelmaat ervoor kiezen een andere persoon tot curator te benoemen,⁹⁴ zeker in die gevallen waarin de

89. En hun vanzelfsprekende wens nog vaker benoemd te worden.

90. D. Bernstein, *The Insolvency Review* 2017, p. 83.

91. Zonder hier nu dieper op in te gaan, verwijs ik naar de discussie die in Nederland gevoerd wordt over de inhoudelijke rol van (individuele leden van) de crediteurencommissie.

92. In Engeland is de kwestie expliciet aan de orde geweest. *A Review of the Insolvency Framework, Summary of Responses*, sept. 2016, p. 5 sub 2.11: “Views were mixed and some respondents noted that the requirement for a new office-holder would lead to delay and increased costs. Others felt that the requirement for a new office-holder was an important safeguard and that it would help to ensure that the supervisor acted independently during the moratorium.”

93. Iets waartoe zij in het huidige recht bij de benoeming van een faillissementscurator geen afdwingbaar recht hebben. Ik merk hier slechts op dat, zowel in tijd als afhankelijk van het arrondissement, verschillen waarneembaar zijn ten aanzien de reactie die rechtbanken geven op pogingen van de schuldenaar of van crediteuren om richting te geven bij de benoeming van een concrete persoon tot curator.

94. Daarmee ook voorkomend dat dat een defamerend effect zou hebben op de niet opvolgend benoemde functionaris.

kennis van het dossier minder relevant is als pragmatisch argument.⁹⁵ De door Van Galen geprezen onafhankelijkheid en onpartijdigheid van Nederlandse curatoren⁹⁶ zou er blijvend mee gediend kunnen zijn.

Ten slotte kan een onderscheid gemaakt worden naar specifieke kwalificaties en registraties van de betrokken functionarissen. De insolventiedeskundigen die in Engeland en Frankrijk voor benoeming in aanmerking komen zijn opgenomen in een nationaal register.⁹⁷ In Portugal en met name in Spanje dienen de in te schakelen mediators geregistreerd te zijn en te voldoen aan nauwkeurige opleidingsvereisten. In Italië zijn ruime benoemingscriteria: advocaten, accountants, boekhouders, en iedereen die directeur, administrateur of controller van een onderneming is geweest, mits niet zelf failliet geweest.⁹⁸ België biedt de mogelijkheid om slechts door de overheid gemachtigde personen te benoemen, maar voor zover mij bekend is dit nog niet gebeurd.⁹⁹ In de praktijk worden advocaten (niet de ‘huisadvocaat’), accountants of bedrijfsrevisoren benoemd.¹⁰⁰ In Nederland worden in surseances (vrijwel) uitsluitend advocaten benoemd.

95. Zo zijn er situaties denkbaar waarin relatief weinig actief is en de curator zich met name bezig zal gaan houden met rechtmatigheidsvraagstukken. Dat zijn activiteiten waarmee een pre-insolventiefunctionaris relatief weinig bemoeienis zal hebben gehad.

96. R.J. Van Galen, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2017/39, Het Europese initiatief voor herstructureringen in een vroeg stadium: de ontwerprichtlijn van 22 november 2016, § 9.

97. In Engeland zijn er zeven organisaties waarbij insolvency practitioners aangesloten kunnen zijn. Op 1 januari 2018 waren er 1.276 actief (*Insolvency and Corporate Governance, Government Response*, 2018, noot 28). Het voorstel van de regering om anderen dan gekwalificeerde personen te benoemen “*provoked some very strong opinions with a large majority of respondents expressing the view that the role of supervisor could only be undertaken by a licensed insolvency practitioner*”. (*Insolvency and Corporate Governance, Government Response* 2018, sub 5.60). Over het verschil in Engeland met minder streng gereguleerde turnaround professionals: “*On the other hand, these specialists are not all as comprehensively regulated as insolvency practitioners nor are they all subject to the sorts of rigorous quality and entry control regimes that the Cork Committee considered were appropriate for IPs*.” Finch, *Corporate insolvency law: perspectives and principles*, Ch. 5: *Practitioners and professionals* 2009, p. 238

98. Artikel 28 Legge Fallimentare. “*Requisiti per la nomina a curatore. Possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti; b) (...) c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società per azioni, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di fallimento.*”

99. J. Embrechts, M. Vanmeenen en I. Verougstraete, *Wet en Duiding Insolventie* 2015, p. 2012.

100. Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency* 2017, p. 136-137.

5. De pre-insolventiedeskundigen in de WHOA

Naar de huidige stand gaat de WHOA de volgende functionarissen introduceren: de (insolventie)deskundige (artikel 371), de (financiële) deskundige (artikel 376 lid 3) en de monitor (memorie van toelichting bij artikel 377).

De insolventiedeskundige wordt in het consultatievoorstel pas aangesteld als de schuldenaar geen of een onvoldoende serieus of kansrijk voorstel doet. De memorie van toelichting bij het consultatievoorstel spreekt de verwachting uit “*dat dit scenario (...) vooral zal functioneren als vangnet en voor zover nodig als extra stimulans voor de schuldenaar om zelf tijdig in actie te komen*”.¹⁰¹ In de consultatiereacties is aangegeven dat de schuldenaar onder omstandigheden ook zelf zou moeten kunnen aandringen op benoeming door de rechtbank van een insolventiedeskundige.¹⁰² Naar mijn overtuiging is onontkoombaar dat de opstelling van die functionaris ten opzichte van met name de debiteur een andere zal zijn als hij is benoemd op verzoek van crediteuren. Het is ter vergelijking zinvol om te kijken naar de Engelse administrator, de Belgische *gerechtsmandataris* en de gang van zaken in Duitsland.¹⁰³ In die landen is het mogelijk dat de functionaris in de preventieve fase komt op verzoek van de schuldeisers.

Indien in de uiteindelijke WHOA de benoeming van een deskundige op verzoek van de schuldenaar mogelijk zal zijn, kan voor ervaringen daarmee gekeken worden naar vrijwel alle door mij bestudeerde systemen. Zolang de onafhankelijkheid van deze persoon niet ter discussie staat is dit in Nederland (afgezien van zijn takenpakket) in feite ook geen nieuwe figuur en zal die vergelijkbaar zijn met de bewindvoerder in surseance of de stille bewindvoerder.

Op grond van de in het consultatievoorstel voorziene maatwerkbepaling (artikel 377) kan een onafhankelijke deskundige worden aangesteld “*die het vervolgtraject zal monitoren*”. Ook aan diens rol is in de consultatiereacties aandacht besteed.¹⁰⁴ Kennelijk (en wat mij betreft terecht) heeft de wetgever hier gekozen voor een zo open mogelijke regeling waarmee de praktijk haar weg zal moeten gaan vinden. Ter inspiratie kan worden gekeken naar de Franse

101. P. 5 memorie van toelichting consultatievoorstel WHOA.

102. Zie onder andere de consultatiereacties van Insolad en de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA): www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reacties.

103. Ik heb met name door het gebrek aan *evaluerende* literatuur onvoldoende kunnen ontdekken of ook de Italiaanse *commissario giudiziale* een dergelijke van de schuldenaar onafhankelijke rol kan spelen; hij mag in ieder geval uitdrukkelijk concurrerende opties aandragen.

104. Zie met name de reactie van de NOvA: www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reacties.

mandataire judiciaire (die naast de *administrateur* benoemd kan worden) en zou het ook zinvol kunnen zijn om de rol van de Engelse *supervisor* in het achterhoofd te houden. In beide functies is sprake van wat meer distantie ten opzichte van de betrokken partijen.

6. Competenties van de nieuwe insolventie-advocaat

Mijns inziens is Nederland hard toe aan de invoering van preventieve maatregelen en valt spoedige invoering van de WHOA dan ook van harte toe te juichen. Maar: *“The underlying paradigm of a shift of focus to rescue of business, in legislation as well as in practice, will also mean that traditional roles (of a court or an Insolvency Office Holder) will be in transition. In their functioning, these players will reflect the legislative changes and the renewals introduced.”*¹⁰⁵

Het succes dat aan preventieve maatregelen wordt toegeschreven hangt samen met de grote en vroegtijdige rol die de schuldenaar zelf kan en moet spelen bij het oplossen van de problemen die dan inmiddels zo groot zijn dat insolventie tot de mogelijkheden behoort. Tegelijkertijd moet de informatieasymmetrie en de mogelijkheid van misbruik ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren bewaakt worden. Om het een en ander in goede balans te brengen is de rol die betrokken functionarissen spelen van groot en mijns inziens van doorslaggevend belang.

Zoals hierboven beschreven, gaat de WHOA een aantal nieuwe functionarissen introduceren. Met name de rol van de insolventiedeskundige is voor Insolad-leden interessant. Ook is het aannemelijk dat insolventiejuristen tot monitor worden benoemd. Op basis van de in dit artikel beschreven buitenlandse ervaringen, afgezet tegen mijn eigen ervaringen in herstructureringszaken, zijn de belangrijkste eigenschappen die functionarissen in de nu te vormen Nederlandse pre-insolventiecultuur aan de dag zullen moeten leggen de volgende.

In de eerste plaats moeten zij beschikken over een blik vooruit. Zij moeten in staat zijn om, met een helicopterview, het einddoel van een bevredigend akkoord in de gaten te houden en desnoods via omwegen te benaderen. Dat dergelijke omwegen met regelmaat bewandeld moeten worden komt niet in de laatste plaats doordat de stakeholders, zoals schuldeisers en schuldenaar, in deze fase meestal door een proces van ontkennen en ontdekken heen moeten alvorens ze toekomen aan praten en onderhandelen. Dat kan gepaard gaan met escapisme, met Bokito-

105. Wessels en Madaus, *Rescue of Business in Insolvency* 2017, p. 109.

gedrag en met alles daar tussenin, en het is van belang dat de functionaris in dergelijke situaties in de gaten blijft houden of er mogelijkheden zijn om partijen gezamenlijk dichter bij het doel te brengen. Ik zou het in Nederland bepaald minder voor de hand liggend vinden dat een schuldenaar zelf de functionaris zou kunnen aanwijzen of, sterker nog, een reeds eerder als zijn adviseur opgetreden persoon die rol zou kunnen vervullen.¹⁰⁶ Die eigen adviseur kan zijn of haar rol volledig vervullen door de schuldenaar adequaat bij te staan in welk geval in het Nederlandse systeem überhaupt geen functionaris benoemd zal hoeven te worden. Maar als dat vervolgens niet lukt is de vervolgfase gebaat bij een volstrekt onafhankelijke derde. De kans om alsnog een succesvolle regeling te bereiken neemt daardoor toe.

In de tweede plaats moet een insolventiedeskundige beschikken over bedrijfs-economische feeling met cijfers. Hij hoeft businessplannen en waarderings-rapporten weliswaar niet zelf te kunnen opstellen, maar ze wel doorgronden en in ieder geval zodanig te begrijpen dat hij een zinvol gesprek daarover kan volgen en leiden. Zelfs in de (veelvoorkomende) situatie dat daarvoor externe deskundigheid wordt ingehuurd, moet hij een inhoudelijke verstandhouding met die deskundige kunnen opbouwen. Nog anders ligt dit vanzelfsprekend wanneer sprake is van een internationale herstructurering met gesyndiceerde kredieten, verschillende financieringsproducten, *bonds*, en dergelijke in welke geval alle partijen (inclusief de functionarissen) hun eigen financiële adviseurs zullen inschakelen.

De functionaris zal moeten beschikken over een grote mate van onafhankelijkheid en integriteit omdat die eigenschappen onmisbaar zijn voor iemand die boven of tussen partijen wil kunnen staan. Dit speelt in bijzondere mate voor de monitor die mijns inziens een bijzondere tussenpositie zal krijgen ter voorkoming van escalatie van een matig vorderende herstructurering. Het is dit aspect dat maakt dat mijns inziens in Nederland de te benoemen functionaris voorafgaand geen adviesrol zou moeten hebben gespeeld bij de schuldenaar, maar onafhankelijk en dus door de rechtbank benoemd zou moeten zijn.¹⁰⁷

106. Zo lijkt de Nederlandse Vereniging van Banken in haar consultatiereactie (www.internetconsultatie.nl/wethomologatie/reactie/6059bd43-b42e-4b35-b585-b96417e46c0b) op pag. te suggereren dat een CRO (*chief restructuring officer*) een voor de hand liggende persoon is die op zou kunnen treden als deskundige indien de schuldenaar zelf niet tot het aanbieden van een akkoord overgaat. Dergelijke CRO's worden evenwel niet zelden (bijvoorbeeld op contractuele gronden) door de bank naar voren geschoven en hebben daarmee naar mijn mening geen, althans te weinig, vereiste onafhankelijkheid.

107. Anders dan in ieder geval in België, Frankrijk, Engeland en Duitsland mogelijk is.

Vervolgens zal de functionaris zich op zijn gemak moeten voelen in overlegsituaties en daaraan vergelijkbare bevrediging moeten ontlene als aan het doorhakken van knopen. Zijn betrokkenheid bij crediteuren zal veel groter moeten zijn: in een gemiddeld faillissement komen de concurrente crediteuren überhaupt niet aan bod en is de aandacht van de curator voor hen begrijpelijkerwijs navenant. Bij preventieve herstructureringen is van belang dat zij (desnoods slechts: het gevoel hebben) voldoende aan bod (te) komen. Basisvaardigheden op het gebied van onderhandelingen en mediation zijn daarvoor onontkoombaar. Elders in deze bundel wordt ingegaan op insolventie mediation, maar dat is van een andere aard en moet daadwerkelijk worden gezien als een vorm van geschillenbeslechting. Hier wordt gedoeld op mediationvaardigheden die nodig zijn om een geschil te voorkomen.¹⁰⁸

Ten slotte (of met het vorenstaande samenhangend) zal hij in staat moeten kunnen zijn zich weg te cijferen ten opzichte van de andere betrokkenen in het proces. Om in Nederland regelmatige toepassing van preventieve maatregelen te bewerkstelligen, zal in de praktijk met name ruimte moeten worden geboden aan de schuldenaar. Zal die dan inderdaad de WHOA gaan benutten? Een functionaris die (anders dan een surseancebewindvoerder) op de voorgrond staat zal daarvoor naar mijn overtuiging een belemmering kunnen zijn.

Veel van de hiervoor beschreven eigenschappen behoren tot de competenties van ervaren insolventie-advocaten. Maar omgekeerd is het bepaald niet zo dat elke ervaren insolventie-advocaat al deze eigenschappen heeft. De blik vooruit behoort niet tot het standaardrepertoire van een curator. Het hakbijleffect van het insolventierecht maakt een scherp onderscheid tussen de periode voor en na faillissement en, zeker indien geen doorstart gerealiseerd kan worden, zal de curator zich daarbij vaak concentreren op het terugkijken. In liquidatiesituaties komt het dan immers vooral aan op het herstel van de boedel en verdeling met inachtneming van voorrang en voorrecht.

Ook de bedrijfseconomische vaardigheden van insolventie-advocaten blijven voortdurend voor ontwikkeling vatbaar.¹⁰⁹ Insolventierecht is in Nederland bij uitstek een juridisch métier. De positie van crediteuren met en zonder zekerheid, de positie van bestuurders, werknemers en de overheid hangt in overwegende mate af van specifieke juridische leerstukken. Maar om effectief te kunnen opereren in saneringsoperaties moet de insolventie-advocaat meer kunnen dan

108. E. Dijkhoorn, *Conflictmanagement in faillissementen*.

109. Insolad heeft daarom aan de opleidingseisen het vervolg met Financiële Economie voor Curatoren gekoppeld.

inzicht hebben of iemand *in of out of the money* is. In het consultatievoorstel WHOA is voorzien in een deskundige die kan worden ingeschakeld en aangenomen kan worden dat daarvoor veelal accountants of valuers zullen worden benaderd. Ik zou menen dat Insolad-leden hier geen concurrentie moeten willen aangaan. Indien zij echter willen voorkomen dat dergelijke beroepsgroepen ook in aanmerking komen voor benoeming tot de in het consultatievoorstel bedoelde insolventiedeskundige zullen ze moeten zorgen in dat opzicht ruim voldoende bekwaamheden te hebben ontwikkeld.

Onafhankelijkheid en integriteit zijn mijns inziens kerncompetenties van in Nederland opererende curatoren. Anders dan bijvoorbeeld in Engeland¹¹⁰ staat deze in Nederland niet ter discussie, waartoe het rechterlijk toezicht en het Insolad-toetsingssysteem mijns inziens essentieel is.

De insolventie-advocaten die hun expertise opdoen als curator zijn vooral ‘beslissers’ en moeten in staat zijn om onder grote druk en te midden van stevige hectiek keuzes te maken. Zij opereren graag ‘met de poten in het bluswater’ en hebben er geen moeite mee in het middelpunt van de aandacht te staan. Zoals de Hoge Raad een en andermaal duidelijk heeft gemaakt moeten curatoren opereren in situaties waarin veel, vaak met elkaar strijdige belangen een rol spelen en moeten zij daarin onder grote hectiek keuzes maken.¹¹¹ Maar die vaardigheden zouden juist een belemmering kunnen zijn voor het effectief optreden van een herstructureringsdeskundige. Hij moet die competenties wel hebben, maar ze zo min mogelijk gebruiken.

Eén onmisbare competentie heeft de insolventie-advocaat en dat is er een die bij de meeste andere beroepsgroepen die zich mengen in herstructureringen vrijwel ontbreekt: voldoende toepasbare kennis van het insolventierecht. Zonder scherp inzicht in de (al dan niet hypothetische en bovendien gedurende het proces regelmatig veranderende) posities waarin de diverse onderhandelingspartners (kunnen) komen te verkeren, kan iemand aan een preventieve procedure geen zinvolle sturing geven. Daarom is het logisch dat in de ver doorgevoerde veranderingen in het Spaanse systeem niet gekozen is voor mediators die insolventierecht-bijbscholing krijgen, maar voor ervaren insolventiejuristen die 100 uur mediationtraining krijgen en die vaardigheid moeten bijhouden. Ik zou

110. Tot aan de recent doorgevoerde wijzigingen konden *administrators* zonder veel rechterlijk toezicht een herstructurering doorvoeren hetgeen met name tot omvangrijke kritiek op de Engelse doorstartpraktijk en het daar veelvuldig voorkomende *phoenixing* heeft geleid.

111. Vaste rechtspraak sinds HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*), § 3.6.

menen dat in Nederland uitsluitend personen tot WHOA-functionaris benoemd moeten worden die aantoonbare kennis van het insolventierecht hebben.

7. Afronding

In dit artikel heb ik aan de hand van ervaringen in andere lidstaten getracht een beter beeld te krijgen van de rol die functionarissen in pre-insolventieprocedures kunnen spelen. In Nederland heeft Insolad bereikt dat er een grote groep gekwalificeerde insolventierechtjuristen beschikbaar is. Het is voor de hand liggend dat uit die groep geput zal worden bij de benoeming van dergelijke functionarissen, nu zij als enigen beschikken over de daarvoor onmisbare kennis van en ervaring met het insolventierecht. Indien zij hun bestaande vaardigheden willen toepassen zullen zij wel de hiervoor beschreven competenties moeten ontwikkelen en het ligt voor de hand dat Insolad het voortouw neemt om die leden van passende opleiding te voorzien.