

Commissie insolventierecht

Aan Zijne Excellentie

Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Utrecht, 29 februari 2024

Betreft: advies inzake de toekomst van de surseanceregeling

Excellentie,

Hierbij bied ik u het advies aan van de commissie insolventierecht (hierna: ‘de commissie’) over de toekomst van de surseanceregeling, verband houdend met het ‘consultatiedocument betreffende het insolventierecht’ (hierna: ‘het consultatiedocument’).

1. Inleiding

De commissie die is ingesteld om u te adviseren over de hervorming van insolventierecht, heeft met belangstelling kennisgenomen van de reacties die zijn binnengekomen op het consultatiedocument, voor zover dat de toekomst van de surseanceregeling betreft. De commissie heeft de reacties zorgvuldig bestudeerd en gewogen, en komt na verdere beraadslaging tot de volgende constatering, conclusies en aanbevelingen.

De commissie is van oordeel dat het insolventierecht behoefte heeft aan een modern en flexibel stelsel van procedures, dat aansluit bij de verschillende doelstellingen en belangen die in een insolventiesituatie kunnen spelen. De commissie onderscheidt daarbij vier typen procedures, die in principe elk een eigen hoofdfunctie en reikwijdte hebben:

- Een procedure voor hoofdzakelijk financiële herstructurering, de WHOA, die gericht is op het bereiken van een akkoord met (een deel van) de schuldeisers over de wijziging of kwijtschelding van hun vorderingen, zonder dat de onderneming wordt stilgelegd of overgedragen. Deze procedure is gebaseerd op het beginsel van *debtor in possession*, waarbij de schuldenaar zelf de leiding houdt over zijn bedrijfsvoering, onder licht - veelal achteraf - toezicht van de rechtbank en met enige *due process monitoring* door een eventueel door de rechtbank aangewezen observator of herstructureringsdeskundige.
- Een procedure voor zowel operationele als financiële herstructurering, de surseance van betaling, die gericht is op het doorvoeren van ingrijpende maatregelen om de levensvatbaarheid van de onderneming te herstellen of te verbeteren, zoals het beëindigen van arbeidscontracten en huurovereenkomsten. Met het oog op de belangen van alle betrokkenen en het ordelijke verloop van deze procedure wordt door de rechtbank in elke surseance een bewindvoerder benoemd. Gedurende de surseance kan de schuldenaar zonder medewerking van de bewindvoerder de boedel niet binden. Naast de bewindvoerder wordt in een surseance van betaling ook een rechter-commissaris benoemd met een adviserende en toezichthoudende taak.
- Een procedure voor hoofdzakelijk liquidatie en vereffening, de faillissementsprocedure, die gericht is op het te gelde maken van de activa ten behoeve van de schuldeisers. Deze procedure wordt uitgevoerd door een door de rechtbank aangestelde, onder toezicht van de rechter-

commissaris staande, curator. De schuldenaar is in deze procedure volledig ontheven van zijn beheer- en beschikkingsbevoegdheid. De curator volgt bij de verdeling van de opbrengst de wettelijke rangorde van schuldeisers.

- Een procedure voor herstructurering van schulden van natuurlijke personen, de WSNP, die gericht is op het bieden van een perspectief op een schuldevrije toekomst voor de schuldenaar. Dat kan door middel van dwangakkoord maar ook door middel van een liquidatieprocedure waarbij de schuldenaar die aan zijn verplichtingen uit de WSNP voldoet, na verloop van een door de rechter te bepalen tijd van (thans) in beginsel 1,5 jaar van zijn schulden wordt verlost. De schuldenaar staat in deze periode onder toezicht van een door de rechtbank benoemde bewindvoerder en een rechter-commissaris. Deze procedure is gebaseerd op het beginsel van de goede trouw van de schuldenaar, die zich moet inspannen om zoveel mogelijk aan zijn schuldeisers te voldoen.

Dit advies ziet slechts op de surseance van betaling en niet op eventuele noodzakelijke verbeteringen en aanpassingen van de andere procedures.¹

2. Achtergrond

2.1. De Commissie ziet de surseance van betaling als een procedure voor hoofdzakelijk operationele en financiële herstructurering – de wettelijke procedure die een onderneming in financiële moeilijkheden de mogelijkheid biedt om tijdelijk uitstel van betaling te verkrijgen van haar schuldeisers en/of haar schulden te saneren door middel van een (dwang-)akkoord, onder toezicht van een bewindvoerder en een rechter-commissaris. De surseance kan (alleen) worden aangevraagd door de onderneming zelf en wordt verleend door de rechtbank. De surseance eindigt door het verbindend worden van een akkoord, door het intrekken of afwijzen van de surseance, of door het uitspreken van het faillissement. De surseanceregeling dateert uit 1893 en is geregeld in de artikelen 214 tot en met 283 van de Faillissementswet (hierna: ‘Fw’).

2.2. De surseance van betaling is al geruime tijd onderwerp van kritiek, zowel in de literatuur als in de praktijk. De belangrijkste bezwaren die doorgaans worden geuit, en ook in meer of mindere mate uit de verschillende reacties op het consultatiedocument blijken, zijn als volgt:

- a. De surseance van betaling is te weinig effectief: slechts een klein percentage van de ondernemingen die surseance van betaling aanvragen, bereikt daadwerkelijk een akkoord met hun schuldeisers en voorkomt een faillissement. De meeste surseances eindigen in een faillissement of worden voortijdig beëindigd. De surseance van betaling wordt daarom vaak gezien als een voorportaal van het faillissement, en niet als een reële kans op herstel of doorstart.
- b. De surseance van betaling geldt alleen voor de concurrente schuldeisers, en niet voor onder meer preferente schuldeisers en schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht (hierna: ‘separatisten’). Dit betekent dat een onderneming doorgaans geen volledige schuldsanering kan realiseren.
- c. Voor het aannemen van een akkoord in de surseance van betaling is de instemming vereist van de meerderheid van de schuldeisers in aantal en de helft van de schuldeisers in bedrag. Dit betekent dat een relatief kleine groep van schuldeisers het akkoord kan blokkeren of frustreren, of onredelijke eisen kan stellen voor hun medewerking.
- d. De surseance van betaling leidt tot een gedeeltelijke overdracht van de bestuursbevoegdheid van de onderneming aan de bewindvoerder, die samen met het bestuur het beheer en de beschikking over de onderneming heeft. Dit betekent dat de onderneming een deel van haar autonomie en

¹ Hoewel het mogelijk nuttig kan zijn om ook naar noodzakelijke aanpassingen in overige procedures te kijken zoals bijvoorbeeld de afschaffing van het wettelijke vereiste in artikel 2:136 BW voor de NV en artikel 2:246 BW voor de BV: de vereiste opdracht van de algemene vergadering voor aanvraag faillissement. Dit wettelijk vereiste past niet goed meer bij de trend om meer autonomie aan het bestuur te geven die met de WHOA is gezet in artikel 370 lid 5 Fw.

zeggenschap verliest, en dat de bewindvoerder een grote invloed heeft op de bedrijfsvoering en de onderhandelingen met de schuldeisers.

- e. De surseance van betaling leidt tot een openbaarmaking van de surseanceverlening van de onderneming, die wordt gepubliceerd in het Centraal Insolventieregister en de Staatscourant. Dit betekent dat de onderneming wordt blootgesteld aan de publieke opinie en de marktreactie, die vaak negatief en schadelijk zijn voor de reputatie en de *goodwill* van de onderneming. Bovendien kan de openbaarmaking leiden tot het intreden van een aantal opschortende of ontbindende voorwaarden in contracten van de onderneming, waardoor de onderneming haar rechten en verplichtingen kan verliezen of gewijzigd zien.

2.3. Gezien de bovengenoemde kritiek, is er al geruime tijd een discussie gaande over de toekomst van de surseanceregeling. Er zijn verschillende opties voorgesteld om de surseanceregeling te verbeteren of te vervangen, of juist volledig af te schaffen, die hier kort worden samengevat en in de navolgende hoofdstukken nader worden besproken:

- a. De surseance van betaling afschaffen: een radicale optie is om de surseance van betaling geheel af te schaffen, en te vertrouwen op andere instrumenten om ondernemingen in financiële nood te helpen, zoals faillissement of de WHOA.
- b. De surseance van betaling moderniseren: een minder radicale optie is om de surseance van betaling te behouden, maar te moderniseren en te vereenvoudigen, door een aantal wijzigingen aan te brengen in de voorwaarden, procedure en gevolgen van de surseance. Zo zou de werking van de surseance van betaling kunnen worden uitgebreid naar alle schuldeisers, inclusief de preferente schuldeisers en separatisten, om een gelijke(re) behandeling en een grotere slagingskans te bevorderen. Ook zou de surseance van betaling kunnen worden versoepeld, door bijvoorbeeld de rol van de rechtbank en de bewindvoerder te beperken of te vervangen door een meer informele en coöperatieve aanpak, waarbij de onderneming en de schuldeisers meer vrijheid en verantwoordelijkheid krijgen om een akkoord te bereiken. Verder zou de surseance van betaling kunnen worden aangepast door de mogelijkheden en de bescherming van de schuldeisers die tegen het akkoord stemmen, te verbeteren of te waarborgen. Ook zou de huidige ontslagregeling in surseance kunnen worden verbeterd.
- c. De surseance van betaling integreren: een derde optie is om de surseance van betaling te integreren in een meer uniform en coherent insolventieregime, dat zowel de preventie als de afwikkeling van insolventie omvat, en dat gericht kan zijn op zowel de continuïteit als op de liquidatie van de onderneming. Zo zou de surseance van betaling kunnen worden geïntegreerd in de WHOA, die sinds 1 januari 2021 in werking is getreden. De WHOA heeft veel overeenkomsten met het akkoord binnen de surseance van betaling, maar ook een aantal verschillen en vooral voordelen ten opzichte van de surseance, zoals een bredere toepasselijkheid, een lagere drempel en (daarmee) een hogere flexibiliteit. Door de surseance van betaling en de WHOA te integreren, zou er een meer consistent en efficiënt insolventieregime kunnen ontstaan, dat zowel de belangen van de onderneming als van de schuldeisers dient.

3. **Optie 1: surseance van betaling afschaffen**

- 3.1. De commissie stelt vast dat de eerste optie, de volledige afschaffing van de surseanceregeling, geen of nauwelijks steun krijgt van de respondenten. Ondanks de kritiek en de beperkingen die zij aan de surseanceregeling verbinden, vindt de meerderheid van de respondenten dat de surseanceregeling als een zelfstandige procedure – naast de WHOA en het faillissement – een eigen functie heeft en daarom niet zonder meer moet worden afgeschaft. De commissie deelt deze mening en is van oordeel dat de surseanceregeling, ook in haar huidige vorm, op beperkte schaal een waardevol instrument kan zijn om ondernemingen in financiële moeilijkheden een kans te geven om hun schulden te herstructureren of te saneren. In het bijzonder is de commissie van mening dat de surseanceregeling, afgezet tegen het

alternatief van een volledige afschaffing, afzonderlijk bestaansrecht heeft om de volgende redenen, welke elementen ook in meer of mindere mate uit de verschillende reacties op het consultatiedocument blijken:

- a. De schuldenaar krijgt direct bij de voorlopige verlening van de surseance uitstel van betaling en kan ook vrij eenvoudig een afkoelingsperiode verkrijgen, waarin bepaalde schuldeisers tijdelijk hun rechten niet kunnen uitoefenen. De schuldenaar hoeft dus niet eerst, zoals bij de WHOA, een afkoelingsperiode te verzoeken bij de rechtbank, waarbij de rechtbank onder meer beslagleggers en de aanvrager van het faillissement hoort op het verzoek.
- b. De surseance is onderworpen aan de betrokkenheid en het toezicht van een rechter-commissaris, die toezicht houdt op de bewindvoerder, de crediteurenvergadering voorziet, de stemming over het akkoord leidt en beslist over toelating tot de stemming van schuldeisers. Op verzoek van de schuldenaar, de bewindvoerder of één of meer van de schuldeisers, of op voordracht van de rechter-commissaris kan de rechtbank een surseance opheffen of de omzetting in een faillissement uitspreken. De WHOA kent geen rechter-commissaris of bewindvoerder, maar slechts een rechter die het verzoek tot homologatie van het akkoord behandelt, en die in bepaalde gevallen voorafgaand aan de homologatie een aantal beslissingen kan nemen, zoals het aanwijzen van een observator of een herstructureringsdeskundige, het verlenen van een afkoelingsperiode of het behandelen van een aspectenverzoek. De rechter in de WHOA heeft dus een meer beperkte en incidentele rol dan de rechter-commissaris en rechtbank in de surseance en kan ook niet rechtstreeks worden aangezocht door schuldeisers.
- c. De schuldenaar en de schuldeisers krijgen duidelijkheid over de toelating van de schuldeisers tot de stemming over het akkoord vóórdat de stemming plaatsvindt, in plaats van achteraf, doordat de stemming op de crediteurenvergadering plaatsvindt onder voorzitterschap van de rechter-commissaris. De rechter-commissaris bepaalt wie tot de crediteurenvergadering worden toegelaten, en wie stemrecht hebben. De schuldeisers kunnen ter vergadering de vorderingen van medeschuldenaren betwisten, en de rechter-commissaris beslist daarover. In de WHOA vindt de stemming over het akkoord veelal schriftelijk plaats, en kan de schuldenaar zelf bepalen wie hij tot de stemming toelaat, en hoe hij de vorderingen van de schuldeisers waardeert. De schuldeisers kunnen pas na de stemming bezwaar maken tegen de toelating of de waardering, en de rechter beslist daarover bij de homologatie (indien en voor zover tijdig bezwaar is gemaakt, waarbij evt. een 378 Fw-verzoek kan worden gedaan).
- d. Hoewel de surseance onderworpen is aan verdergaand toezicht dan de WHOA, heeft de schuldenaar, binnen de grenzen van de homologatieweigeringsgronden en de intrekingsgronden voor een surseance, doorgaans alle ruimte en tijd om tot een akkoord te komen. De schuldenaar kan het ontwerpakkoord direct bij het verzoek tot surseance deponeren, of later tijdens de surseance. De schuldenaar kan ook het ontwerpakkoord wijzigen of intrekken, of een nieuw ontwerpakkoord indienen. De WHOA kent doorgaans een strakker tijdschema. De schuldenaar kan het akkoord, behoudens wellicht op ondergeschikte punten, niet meer wijzigen of intrekken nadat het aanbod is voorgelegd ter stemming – hoewel in surseance de stemming ter vergadering plaatsvindt en ter plekke nog kan worden aangepast.
- e. De rechtbank kan het akkoord in de surseance onder omstandigheden aannemen als de voorgeschreven gewone meerderheid niet is behaald, wanneer drie vierde van de ter vergadering verschenen erkende en toegelaten schuldeisers voor het akkoord hebben gestemd en de verwerping van het akkoord het gevolg is van het tegenstemmen van een of meer schuldeisers die, alle omstandigheden in aanmerking genomen en in het bijzonder het percentage dat die schuldeisers, zou de boedel worden vereffend, naar verwachting aan betaling op hun vordering zullen ontvangen, in redelijkheid niet tot dit stemgedrag hebben kunnen komen. De WHOA kent geen vergelijkbare bepaling.

- f. De surseanceregeling biedt voor de beëindiging van huurovereenkomsten, en enkele andere specifieke overeenkomsten, op voorhand duidelijkheid, anders dan de WHOA-regeling waarbij pas bij de homologatie op een beëindigingsverzoek wordt beslist. Een verschil is ook dat de opzegging in de surseance direct effect heeft, terwijl de opzegging in de WHOA pas effect heeft als het akkoord wordt gehomologeerd.
- g. Het verschil voor de quora voor aanneming van een akkoord met die in de WHOA, maakt de surseance een procedure die aantrekkingskracht kan hebben. Voor de aanneming van een akkoord is in de surseance een gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen schuldeisers vereist, die samen ten minste de helft van de erkende of voorlopig toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen. In de WHOA is de voorstem van ten minste één klasse van schuldeisers nodig, waarbij geldt dat als het akkoord een wijziging omvat van rechten van schuldeisers met een vordering die bij een vereffening van het vermogen van de schuldenaar in faillissement naar verwachting geheel of tenminste gedeeltelijk kan worden voldaan, die ene klasse dient te bestaan uit schuldeisers die vallen binnen deze categorie schuldeisers. In dit verband geldt dat een klasse van schuldeisers met het akkoord heeft ingestemd als het besluit tot instemming is genomen door een groep van schuldeisers die samen ten minste twee derden vertegenwoordigen van het totale bedrag aan vorderingen behorend tot de schuldeisers die binnen die klasse hun stem hebben uitgebracht.
- h. Anders dan in faillissement, raakt de schuldenaar niet volledig beschikkingsonbevoegd. Dit betekent dat hij nog steeds een rol heeft in het beheer van zijn onderneming en het onderhandelen over een akkoord. Dit kan de continuïteit en de waarde van de onderneming ten goede komen, en de motivatie en medewerking van de schuldenaar bevorderen. Bovendien kan de schuldenaar gebruik maken van zijn kennis, ervaring en relaties om een haalbaar en acceptabel akkoord te ontwerpen.
- i. De surseance kan worden aangevraagd zonder voorafgaande goedkeuring van aandeelhouders. Dit kan de snelheid en de discretie van de procedure ten goede komen, en de kans op tegenwerking of obstructie van aandeelhouders verminderen. In faillissement daarentegen moet de schuldenaar, als hij een rechtspersoon is, eerst de toestemming van de aandeelhouders verkrijgen om het faillissement aan te vragen, wat tijd en moeite kan kosten en de positie van de schuldenaar kan verzwakken.
- j. Anders dan in faillissement, kan het ontwerpakkoord direct bij het surseanceverzoek worden gedeponereerd. Dit kan de efficiëntie en de slagingskans van de procedure verhogen, omdat de schuldenaar al een concreet voorstel heeft voor zijn schuldeisers, en niet hoeft te wachten tot de rechtbank een crediteurenvergadering bijeenroept. Dat laatste kan de procedure vertragen en de kosten verhogen.
- k. De surseanceregeling wordt veel minder frequent toegepast dan het faillissement en de WHOA, maar leidt toch nog steeds tot geslaagde akkoorden.² Dit wijst erop dat er voor die situaties, zij het in beperkte mate, een meerwaarde bestaat bij het behoud van de regeling als zelfstandige optie, afgezet tegen het alternatief van een volledige afschaffing.
- l. Omdat rechtbanken in beginsel alleen op vaste dagen (doorgaans dinsdag) faillissementen uitspreken, verkiezen ondernemingen soms het gebruik van surseance van betaling boven faillissement, aangezien die procedure onmiddellijk wordt verleend. Deze mogelijkheid zou verdwijnen als de surseance van betaling geheel zou worden geschrapt.

3.2. De commissie heeft de voor- en nadelen van de surseanceregeling tegen elkaar afgewogen en komt tot de conclusie dat er geen goede reden is om deze regeling af te schaffen. Het opheffen van een

² Zie bijv. Rb. Amsterdam 23 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5452 en Rb. Rotterdam 3 augustus 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:8742.

procedure die, ondanks haar gebreken en beperkte toepassing, toch een zekere functie vervult in de praktijk, zou naar het oordeel van de commissie geen meerwaarde hebben.

4. **Optie 2: surseance van betaling moderniseren**

4.1. Uit de conclusie die de commissie hierboven heeft getrokken, mag echter niet worden afgeleid dat de commissie daarmee ook een pleidooi houdt voor het ongewijzigd laten voortbestaan van de surseanceregeling in de huidige vorm. De commissie constateert namelijk dat de meerderheid van de respondenten kritisch is over de effectiviteit van de surseance van betaling zoals deze nu is vormgegeven. De commissie deelt deze kritiek en is van oordeel dat de surseanceregeling dringend aan modernisering toe is, om beter aan te sluiten bij de huidige economische en juridische realiteit. De commissie wijst in het bijzonder op de volgende elementen die maken dat de huidige surseanceregeling niet naar behoren functioneert.

- a. Surseance is oorspronkelijk niet ontworpen als herstructureringsprocedure, maar alleen om tijdelijk betalingsuitstel te verlenen. De optie om binnen surseance een akkoord voor te stellen is pas in 1935 aan de regeling toegevoegd, waarbij de surseanceregeling slechts minimaal werd gewijzigd. De surseanceregeling biedt daardoor geen adequate oplossing voor de complexe financiële problemen waarmee veel schuldenaren tegenwoordig te maken hebben, die ook vaak bestaan uit geseceureerde kredieten en andere preferente schulden.
- b. Een surseanceakkoord is niet bindend voor preferente schuldeisers en separatisten. Hetzelfde geldt voor aandeelhouders. Voor een geslaagde herstructurering is echter vaak een bijdrage van ook al dat soort kapitaalverschaffers nodig, waarvoor een surseanceakkoord geen mogelijkheden biedt. De surseanceregeling maakt het daardoor moeilijk om een breed gedragen en duurzaam akkoord te bereiken, dat de levensvatbaarheid van de onderneming kan herstellen.
- c. Verschillende respondenten wijzen verder ook op het verlies van zeggenschap door de schuldenaar bij benoeming van een bewindvoerder, de kosten van de procedure en het ontbreken van aanvullende ondersteunende maatregelen, zoals het wijzigen of beëindigen van allerlei lopende overeenkomsten, die de surseanceregeling minder effectief of aantrekkelijk maken.

4.2. De commissie is van oordeel dat de surseanceregeling op deze punten, maar ook op enkele andere aspecten, dringend behoefte heeft aan verbetering en modernisering. Zij ziet hiervoor verschillende mogelijkheden en aanknopingspunten. De commissie bepleit, in navolging van de reacties van enkele respondenten, een algehele herziening van de huidige surseanceregeling. Daarbij zou onder meer kunnen worden voorzien in de mogelijkheid:

- a. Om schuldeisers in verschillende klassen te verdelen, kijkend naar hun huidige en de aan hen onder het akkoord aan te bieden rechten. Dit zou de onderhandelingen over een akkoord kunnen vergemakkelijken en de flexibiliteit van het akkoord vergroten. Ook zou dit kunnen leiden tot een meer evenredige verdeling van de lasten en de baten van de herstructurering over de verschillende schuldeisers. Opgemerkt zij dat de totstandkoming van een akkoord kostbaarder kan worden op het moment dat een schuldenaar ook een klassenindeling moet maken. Dit neemt echter niet weg dat het voor een schuldenaar nuttig kan zijn om in ieder geval deze optie te hebben.
- b. Om ook preferente schuldeisers en, binnen bepaalde nader te bepalen grenzen, separatisten, alsmede aandeelhouders, aan een dwangakkoord te kunnen onderwerpen. Dit zou de slagingskans van een akkoord kunnen verhogen en de mogelijkheid van obstructie of opportunisme door bepaalde schuldeisers of aandeelhouders kunnen verminderen. Ook zou dit kunnen leiden tot een meer efficiënte en doelmatige afwikkeling van de schulden en de vermogensrechten van de betrokkenen.
- c. Om de rol van de bewindvoerder te versterken en te verhelderen. Het is bijvoorbeeld belangrijk om de onafhankelijkheid en de deskundigheid van de bewindvoerder te waarborgen en om de

samenwerking en de communicatie tussen de bewindvoerder, de schuldenaar en de schuldeisers te ondersteunen. Dit zou kunnen leiden tot een meer effectieve en verantwoorde uitvoering van het beheer en het toezicht op de schuldenaar.

- d. Om lopende overeenkomsten tijdens het traject te kunnen wijzigen en/of op te zeggen, op een wijze als nu mogelijk is onder de WHOA. Dit zou de flexibiliteit en het aanpassingsvermogen van de schuldenaar kunnen vergroten en de mogelijkheid van waardevernietiging of onredelijke benadeling door bepaalde contractspartijen kunnen voorkomen. Ook zou dit kunnen leiden tot een meer realistische en duurzame afstemming van de verplichtingen en de verwachtingen van de schuldenaar op zijn financiële situatie en zijn toekomstperspectief.
- e. Om eventueel een nieuwe ontslagregeling te introduceren die beter aansluit bij de huidige regeling in faillissement dan wel een regeling te introduceren waarbij het ontslag van werknemers onder voorbehoud van goedkeuring van de rechter-commissaris kan plaatsvinden in plaats van het UWV (de ontslagregeling 'light'). Dit zou de arbeidsrechtelijke positie van de werknemers kunnen verhelderen en de kans op faillissementen met onnodige of onevenredige ontslagen kunnen verminderen. Ook zou dit kunnen bijdragen aan een meer evenwichtige en sociale belangenafweging tussen de werknemers en de onderneming.

4.3. De voorgestelde herziening van de surseanceregeling op deze, en mogelijk nog enkele andere, punten zou een ingrijpende wijziging van de bestaande wetgeving met zich meebrengen. De commissie is zich daarvan bewust en stelt daarom voor om de herziening zorgvuldig, en zo nodig gefaseerd, in te voeren, met inachtneming van de bestaande praktijk en regelgeving. De commissie is van mening dat de voorgestelde herziening juridisch haalbaar en wenselijk is, om onder meer de volgende redenen:

- a. De voorgestelde herziening sluit aan bij de internationale ontwikkelingen en de Europese regelgeving op het gebied van insolventie en herstructurering. De commissie verwijst in het bijzonder naar de Richtlijn (EU) 2019/1023 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, die de lidstaten verplicht om uiterlijk op 17 juli 2021 een wettelijk kader te creëren voor de preventieve herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden. De richtlijn bevat onder meer bepalingen over de klassenindeling van schuldeisers, het dwangakkoord, de rol van de bewindvoerder en de wijziging of beëindiging van overeenkomsten. De wetgever heeft ervoor gekozen om de richtlijn in de WHOA te implementeren, maar de commissie acht het noodzakelijk en wenselijk om ook de surseanceregeling in overeenstemming te brengen met de richtlijn, om de kansen en mogelijkheden die de richtlijn biedt, ten volste te benutten.
- b. De voorgestelde herziening sluit aan bij de nationale behoeften en de praktijkervaringen op het gebied van insolventie en herstructurering. De commissie verwijst in het bijzonder naar de WHOA, die op 1 januari 2021 in werking is getreden en die een nieuwe wettelijke basis biedt voor de herstructurering van schulden buiten faillissement of surseance. De WHOA bevat onder meer bepalingen over de klassenindeling van schuldeisers, het dwangakkoord, de rol van de herstructureringsdeskundige, de wijziging of beëindiging van overeenkomsten en de ontslagregeling. De commissie acht het logisch en wenselijk om de surseanceregeling in lijn te brengen met de WHOA en om de mogelijkheden die de WHOA biedt, waar mogelijk te benutten.

4.4. De commissie stelt zich graag beschikbaar voor de verdere uitwerking van een meer concreet (wets)voorstel dat recht doet aan al deze aandachtspunten en dat bijdraagt aan een effectieve en eigentijdse regeling voor surseance van betaling.

5. **Optie 3: surseance van betaling integreren**

5.1. De commissie realiseert zich evenwel terdege dat de door haar voorgestane algehele herziening van de surseanceregeling niet zonder juridische complicaties en bedenkingen is, in het bijzonder ten aanzien van de uitvoerbaarheid ervan, alsmede de gevolgen ervan voor de waarborgen en de

rechtszekerheid van de bij de surseance betrokken partijen. Zij meent evenwel dat een dergelijke herziening in relevante mate kan bijdragen aan een verbetering van de mogelijkheden tot herstructurering van bedrijven in moeilijkheden, wat uiteraard van belang is voor het voorkomen van het (onnodig) verloren gaan van bedrijvigheid en werkgelegenheid.

- 5.2. Een alternatief dat minder verstrekkend is dan een algehele herziening van de surseanceregeling is naar het oordeel van de commissie dan ook om niet te trachten de surseanceregeling volledig te herzien, maar om deze dan wel te verrijken met de WHOA-regeling.
- 5.3. In de voorlopige opzet van de commissie betekent dit meer concreet dat:
 - a. Een schuldenaar die zich in surseance van betaling bevindt de mogelijkheid krijgt om een akkoord op grond van de WHOA aan te bieden aan zijn schuldeisers en aandeelhouders, dat in beginsel aan dezelfde voorwaarden dient te voldoen als een akkoord op grond van de WHOA buiten surseance van betaling. De schuldenaar moet bij het voorbereiden en aanbieden van een dergelijk akkoord de bewindvoerder raadplegen.
 - b. De afkoelingsperiode die bij een WHOA kan worden gevraagd, kan ook bij een WHOA in het kader van een surseance van betaling worden verleend mits (i) die afkoelingsperiode de afkoeling van de surseance van betaling vervangt en (ii) de combinatie van afkoelingsperiodes nooit langer dan 8 maanden kan duren te rekenen vanaf de dag dat de eerste afkoelingsperiode is verleend.
 - c. De rechtbank geen herstructureringsdeskundige en/of observator kan benoemen, zolang een akkoord op grond van de WHOA gedurende surseance van betaling wordt voorbereid en aangeboden. De reden hiervoor is dat de rol en de taken van deze functionarissen dan in feite al worden vervuld door de bewindvoerder, die toezicht houdt op het proces. De commissie geeft evenwel als overweging mee om, in afwijking van het huidige systeem, aan schuldeisers, aandeelhouders, de ondernemingsraad en de personeelsvertegenwoordiging de mogelijkheid te bieden om surseance van betaling te verzoeken van hun schuldenaar, op een vergelijkbare manier als nu in de WHOA is voorzien, dus door de benoeming van een bewindvoerder te verzoeken.
 - d. De surseance van betaling eindigt zodra een akkoord op grond van de WHOA is aangenomen en gehomologeerd. De schuldenaar heeft dan immers een geslaagd traject doorlopen. Als een akkoord op grond van de WHOA wordt verworpen of niet wordt gehomologeerd, dan leidt dat tot faillissement. Door deze tweesprong verwacht de commissie dat de regeling van de surseance van betaling op termijn meer de vorm krijgt van een 'unitaire procedure', waarin de schuldenaar, in samenspraak met de bewindvoerder, via één loket gemakkelijker kan opteren voor een herstructurering of een liquidatie. De commissie is voorstander van een dergelijke ontwikkeling gelet op het Voorontwerp en de andere Europese regelingen. Op termijn zou dit kunnen leiden tot verdere voorstellen tot wijziging van de regeling van de surseance van betaling om dat unitaire karakter verder te benadrukken.
 - e. Om het voorgaande te bewerkstelligen doet de commissie de suggestie om enkele nieuwe leden aan artikel 369 Fw toe te voegen, waarin wordt geregeld dat een schuldenaar ook in de surseance van betaling een akkoord kan opstellen en aanbieden aan zijn schuldeisers, met inachtneming van de bepalingen van de WHOA (waarbij enkele beperkte aanpassingen nodig zijn om de twee regelingen op elkaar af te stemmen). De commissie verwijst voor de nadere uitwerking van dit voorstel naar het conceptwetsvoorstel dat als bijlage bij dit advies is gevoegd.
- 5.4. Het voordeel van een dergelijke integratie van de WHOA met de surseanceregeling is dat er slechts een beperkte aanvulling nodig is op het bestaande wettelijke systeem: de procedures worden niet veranderd of aangepast, maar het wordt mogelijk om beide procedures te combineren. De bestaande procedures blijven in hun huidige vorm daarmee dus onverminderd beschikbaar. Het blijft dus ook mogelijk om alleen een WHOA-akkoord aan te bieden of om de surseanceregeling in haar huidige

vorm te gebruiken. Ook blijft het mogelijk om een akkoord aan te bieden onder de huidige surseanceregeling, conform de daarvoor nu geldende eisen. De commissie verwacht evenwel dat de vraag daartoe zal afnemen als het ook mogelijk wordt om een WHOA-akkoord aan te bieden in surseance, maar acht het toch van belang om de huidige akkoordregeling in surseance te behouden. Op sommige punten verschilt de surseanceregeling immers van de WHOA-regeling, zoals hiervoor uiteengezet. De commissie kan niet uitsluiten dat er in de praktijk toch behoefte blijft aan een akkoord conform de huidige surseanceregeling. Het voorstel sluit hiermee aan bij de reacties van de respondenten. Zij onderstrepen immers vrijwel unaniem het eigen karakter en de waarde van de surseanceregeling en pleiten daarom voor het behoud ervan. Tegelijkertijd ziet de meerderheid van de respondenten graag dat in een surseance het (of een vergelijkbaar) instrumentarium uit de WHOA benut kan worden.

- 5.5. De commissie is van mening dat een combinatie van de WHOA-procedure en de surseance van betaling geen afbreuk doet aan de rechten en belangen van de verschillende betrokkenen. De rechten en beschermingen die deze betrokkenen in de afzonderlijke procedures hebben, blijven bij een combinatie ervan onverminderd beschermd en gewaarborgd. In het bijzonder blijft ook gelden dat een WHOA-akkoord altijd een beter resultaat moet waarborgen voor alle schuldeisers en aandeelhouders van de schuldenaar, dan bij een liquidatie in faillissement. Dat verandert niet in surseance. Tegen de achtergrond van een dreigend faillissement, ziet de commissie ook geen principieel bezwaar tegen het aanbieden van een WHOA-akkoord door een schuldenaar in surseance, met medewerking van de bewindvoerder en onder toezicht van de rechter-commissaris, mits dat akkoord die meerwaarde daadwerkelijk biedt.
- 5.6. De commissie acht de integratie van de WHOA in een surseance evenmin onverenigbaar met de positie van separatisten, zoals pand- en hypotheekhouders, die nu ook al aan een dwangakkoord onder de WHOA gebonden kunnen worden. Hun rechten worden niet verder ingeperkt of beperkt wanneer een WHOA-akkoord binnen, in plaats van buiten, surseance wordt voorbereid en aangeboden. Integendeel, meent de commissie, nu het rechtelijk toezicht in een surseance (in vergelijking met de WHOA) in dat geval indringender is. In het bijzonder geldt ook dat separatisten nu ook al, zowel onder de WHOA als onder de surseanceregeling, te maken kunnen krijgen met een afkoelingsperiode (respectievelijk artikel 376 Fw en artikel 241a Fw), waarbij echter de termijn in surseance korter is dan die in de WHOA (maximaal vier maanden in plaats van acht maanden). De commissie stelt daarom voor om deze termijn overeenkomstig te verkorten indien een WHOA-akkoord wordt voorbereid en aangeboden gedurende surseance.
- 5.7. De commissie wijst er verder op dat de rechten van de werknemers niet worden aangetast door dit voorstel, omdat de WHOA deze buiten haar werkingssfeer laat. Een eventuele combinatie van surseance met de WHOA heeft dus geen gevolgen voor het regime dat van toepassing is onder de huidige surseanceregeling. De commissie zou er echter wel voorstander van zijn om bij deze gelegenheid ook een nieuwe ontslagregeling te ontwerpen zoals hiervoor in paragraaf 4.2 (e) geschetst.
- 5.8. De commissie benadrukt tot slot dat een integratie of combinatie van procedures ook aansluit bij het huidige wettelijke systeem. Volgens het bestaande recht kan een surseance immers ook al gecombineerd worden met een akkoordprocedure, bijvoorbeeld als een Nederlandse surseance van betaling de secundaire procedure vormt bij een buitenlandse hoofd-akkoordprocedure onder de Europese Insolventieverordening. Ook in het buitenland is het niet ongewoon dat surseance-achtige procedures gecombineerd worden met akkoordprocedures. De commissie verwijst in dit kader onder meer naar het Engelse systeem, waarin bewindvoerders (*administrators*) ook in surseance (*administration*) bevoegd zijn om akkoorden (*schemes of arrangement* en *restructurings plans*) voor te bereiden en aan te bieden (art. 896(2)(c-d), respectievelijk, art. 901F(3)(c-d) van de *Companies Act 2006*) en naar de -restructuring in Duitsland.³

³ In de -zaak werd een financiële herstructurering onder de *StaRUG* binnen de moederverenootschap gecombineerd met een operationele herstructurering in *Eigenverwaltungsverfahren* binnen een dochterverenootschap. Zie bijv. [dit persbericht](#) over het plan voor deze twee procedures en [dit persbericht](#) over de uiteindelijke homologatie van het akkoord.

6. **Conclusie en aanbeveling**

- 6.1. De commissie adviseert de minister op grond van het voorgaande om de surseanceregeling te herzien op de eerder vermelde punten (Optie 2), of om de surseanceregeling aan te vullen met de optie om daarin een WHOA-akkoord aan te bieden (Optie 3). Beide opties zouden een waardevolle aanvulling zijn op het huidige palet aan mogelijkheden voor schuldsanering en herstructurering, die de surseance van betaling nieuw leven zou kunnen inblazen. De commissie toont zich geen voorstander van een algehele afschaffing van de surseanceregeling (Optie 1).
- 6.2. De commissie meent dat de in deze brief vermelde aanbevelingen zullen bijdragen aan een verbetering van de regeling van de surseance van betaling, zonder dat daarvoor ingrijpende maatregelen nodig zijn, die zowel de belangen van de schuldenaar als van de schuldeisers en andere betrokkenen zal behartigen. De commissie verzoekt u om deze aanbevelingen te betrekken bij de hervorming van het insolventierecht en stelt zich beschikbaar voor verdere toelichting of overleg.

Hoogachtend,

Voorzitter commissie insolventierecht

Bijlage 1

Artikel 369 Fw

(...)

12. Met uitzondering van de artikelen 369, vijfde lid en achtste lid, eerste zin, 371, 380 en 384, veertiende lid, is het in deze afdeling bepaalde omtrent de voorbereiding en aanbieding van een akkoord in een openbare akkoordprocedure buiten faillissement van overeenkomstige toepassing op een schuldenaar aan wie surseance van betaling is verleend, met dien verstande dat:
 - a. de schuldenaar onbevoegd is om een akkoord voor te bereiden of aan te bieden als bedoeld in artikel 370, eerste lid, een voorstel te doen tot wijziging of beëindiging van een overeenkomst als bedoeld in artikel 373, eerste lid, of enig verzoek in te dienen bij de rechtbank in het kader van deze afdeling, zonder de raadpleging van de bewindvoerders en rechter-commissaris;
 - b. in afwijking van artikel 369, achtste lid, eerste zin, de rechtbank die de surseance van betaling heeft verleend, relatief bevoegd is om verzoeken als bedoeld in deze afdeling in behandeling te nemen;
 - c. voor zover enige gegevens, bedoeld in artikel 24 van de in artikel 5, derde lid, genoemde verordening, ontbreken, de schuldenaar of de bewindvoerders onverwijld na deponering van de verklaring als bedoeld in artikel 370, derde lid, het in artikel 370, vierde lid, bedoelde verzoek doen;
 - d. een ingevolge artikel 376 afgekondigde afkoelingsperiode een ingevolge artikel 241a afgekondigde afkoelingsperiode vervangt, met dien verstande dat de totale termijn van een ingevolge artikel 376 afgekondigde afkoelingsperiode, met inbegrip van verlengingen, ongeacht of die periode voorafgegaan is door overeenkomstig artikel 241a afgekondigde afkoelingsperiode, niet langer kan zijn dan de in artikel 241a bepaalde termijn, te rekenen vanaf de dag waarop de eerste afkoelingsperiode is afgekondigd.
 - e. voor de toepassing van artikel 376, tweede lid, onderdeel a, tiende lid en twaalfde lid «machtiging van de rechtbank» telkens wordt gelezen «machtiging van de rechter-commissaris».
13. De artikelen 42a, 54, derde lid, 254, 269a, eerste zin, in welk artikel voor «de rechter-commissaris» wordt gelezen «de schuldenaar» en voor «het in artikel 269 bedoelde proces-verbaal» wordt gelezen «het in artikel 382, eerste lid, bedoelde verslag», 272, vierde lid, 275, 276, 277, eerste zin, derde zin, met uitzondering van «zodra de termijn, in artikel 269a bedoeld, ongebruikt verstreken is of verbetering van het proces-verbaal geweigerd is» en vierde zin, 278, 279, 280, behoudens voor zover toepassing is gegeven aan artikel 387 lid 2, en 281 zijn van overeenkomstige toepassing in het geval dat een akkoord wordt voorbereid en aangeboden op de voet van het twaalfde lid.