

+MEMO

Aan : Autoriteit Consument en Markt
[Vertrouwelijk]
Van : [Vertrouwelijk] en [vertrouwelijk]
Datum : 4 juli 2023
MOU/39868/2023/DMS08-1189343649-94
Betreft : ACM / uitvoerbaarheid Wcw

Samenvatting

Het wetsvoorstel collectieve warmtevoorziening geeft geen voorschriften voor de gevolgen van een faillissement van een warmtebedrijf. Ook houdt de rol van de ACM op bij faillietverklaring. Dit leidt tot 1) onzekerheid voor doorlevering van collectieve warmte bij faillissement, en 2) onduidelijkheid over de overdracht van de warmtevoorziening door de faillissementscurator.

Het verdient daarom aanbeveling regels te maken over de doorlevering van warmte tijdens faillissement en de mogelijkheid voor een gedwongen overdracht van warmtenetten van een failliet warmtebedrijf. Een procedure die vergelijkbaar is met de SLR¹-procedure voor gas- en elektriciteitsbedrijven zou daarvoor geschikt kunnen zijn.

Inleiding

Ter discussie ligt voor ons het wetsvoorstel Wet collectieve warmtevoorziening (Wcw). In het wetsvoorstel wordt niet of nauwelijks rekening gehouden met een mogelijk faillissement van een warmteleverancier, terwijl het noodzakelijk is ook bij het faillissement van een collectieve warmtevoorziening levering aan consumenten te waarborgen.

In de huidige wet is een regeling opgenomen in geval van faillissement waarbij EZK de mogelijkheid wordt geboden om een noodleverancier aan te wijzen, dan wel maatregelen op te leggen aan de warmteleverancier. Tot op heden is hier geen gebruik van gemaakt. In de nieuwe wet zal de ACM de aangewezen organisatie zijn om toezicht te houden op zowel de financiële kant alsmede de leveringszekerheid. Dat zal niet alleen zien op de warmtebedrijven die van de ACM een aanwijzing krijgen, maar ook op de warmtebedrijven die een ontheffing krijgen van de gemeente.

Besproken

Tijdens de eerste sessie zijn enkele vraagstukken voorgelegd en mogelijke oplossingen besproken. Daarbij is voornamelijk de vraag gesteld wanneer er zou moeten worden ingegrepen. Dit geldt zowel vóór als na het uitspreken

¹ Supplier of Last Resort.



van het faillissement. Tevens is de vraag aan de orde hoe er zou kunnen worden ingegrepen. Welke mogelijkheden heeft de ACM en welke kan zij gebruiken? Hoe kan ervoor worden gezorgd dat er warmte wordt doorgeleverd bij een faillissement van een centrale warmtevoorziening (leveringszekerheid)? Zoals besproken, lijkt de meest effectieve mogelijkheid het aanstellen van een noodleverancier, indien met de curator geen duidelijke afspraken gemaakt kunnen worden. Eén vaste noodleverancier zou zeker tot de mogelijkheden behoren, waarbij gedacht wordt aan Gasunie.

Ter sprake is ook gekomen dat er nu in de Wcw niet tot nauwelijks iets is geregeld in het geval van faillissement. Slechts in enkele artikelen komt een faillissement naar voren, meestal in combinatie met verkoop van de onderneming. De wetgever geeft heel duidelijk aan dat hij niet wil dat de Faillissementswet wordt doorbroken en respecteert dit dan ook. Dit levert wel problemen op met de uitleg van de Wcw, want de rol van de ACM in een faillissement en de verhouding tussen de ACM en de curator, zijn nu niet beschreven. Zeker nu juist bij een faillissementssituatie de leveringszekerheid in het geding zal zijn. Besproken is dat de SLR-procedure uit de Besluiten Leveringszekerheid Elektriciteit en Gas met betrekking tot energie goed functioneert bij een faillissement van een energieleverancier, het de aanbeveling heeft om daarbij aan te sluiten ook voor warmtebedrijven. Daarbij moet wel onderkend worden dat het voortzetten van levering van energie eenvoudiger te organiseren is vanwege het landelijk dekkende elektriciteits- en gasnet, terwijl collectieve warmtevoorzieningen gesloten circuits zijn en dus monopolies voor de warmtebedrijven. Ook met betrekking tot de Wcw zou dit bij wet en Amvb kunnen worden geregeld.

Voorafgaand aan het faillissement

a. Toetsingskader

De eerste selectie zal moeten worden gemaakt bij het verstrekken van ontheffingen en aanwijzingen aan collectieve warmtevoorzieningen. Zie artt. 2.5 lid 3 en 2.7 lid 3 Wcw. De voorwaarden om collectieve warmte te mogen leveren moeten duidelijk zijn. Gedacht kan onder meer worden aan de kwaliteit van het bestuur, een goed uitgewerkt businessplan, de wijze waarop de warmtevoorziening is gefinancierd en zij financiële tegenslagen zou kunnen opvangen (bijvoorbeeld in de vorm van garanties van solvabele derde-partijen), historie (zijn eerdere aanvragen van de betreffende aanvrager toe- of afgewezen), toetsing op een mogelijk eerder faillissement (via bijvoorbeeld het Insolventieregister of de Kamer van Koophandel), internetsearch, enz. Hier kunnen “*red flags*” opkomen waardoor nader onderzoek of meer informatie gewenst is, dan wel de conclusie worden getrokken dat de aanwijzing of ontheffing niet wordt verleend. Het is voor de ACM wenselijk dat in de wetgeving wordt opgenomen dat collectieve warmtebedrijven bij het aanvragen van een vergunning garanties van solvabele (derde-) partijen overleggen voor financiële verplichtingen en/of continuïteit van warmtevoorziening.

b. Financieel toezicht



Een warmteleverancier heeft gedurende de productie, transport en levering de verplichting om periodiek aan de ACM haar jaarstukken toe te zenden. Dit werkt volgens ons niet afdoende. Jaarstukken worden in de regel ongeveer een half jaar na het einde van een boekjaar opgemaakt, en zijn dus verouderd zodra de ACM deze ontvangt. Als gevolg daarvan loopt de toezichthouder altijd achter de feiten aan en kan zij niet adequaat acteren. Voorts is het niet altijd verplicht dat bij de jaarrekening een accountantsverklaring wordt verstrekt, waardoor niet te controleren is of de cijfers een juiste weergave zijn van de werkelijkheid. Eventuele toezending aan de ACM door collectieve warmteleveranciers van tussentijdse cijfers (per half jaar of per kwartaal), zou dit niet oplossen, nu ook die niet altijd betrouwbaar zullen zijn en ook achteraf (dus laat) beschikbaar komen, terwijl een verplichting tot verstrekking van tussentijdse cijfers wel een grote administratieve last voor de leveranciers en ACM met zich mee brengt.

Het moment dat de ACM dient in te grijpen is daardoor lastig vast te stellen. Als er wettelijk wordt opgenomen dat de ACM moet ingrijpen bij een R/C verhouding van meer dan 10% van de omzet, dan zal deze vakkundig laag worden gehouden. Hetzelfde geldt bijvoorbeeld voor eisen aan solvabiliteit of current en quick ratio. Het is ondoenlijk om van alle warmteleveranciers alle onderliggende cijfers te controleren.

Dit ligt anders als een warmteleverancier zelf contact zoekt met de ACM omdat zij problemen verwacht of heeft, waartoe collectieve warmteleveranciers op grond van artt. 2.14 en 3.8 Wcw verplicht zijn.² Dat moet altijd een trigger zijn om in te grijpen. In de praktijk zullen wellicht de meeste warmteleveranciers *bona fide* zijn en tijdig melding maken, maar er zullen ook leveranciers zijn die zich daar niet aan houden.

Of het handelen in strijd met artt. 2.14 en 3.8 Wcw kan leiden tot een bestuurdersaansprakelijkheid, dient van geval tot geval bekeken te worden. Het bestuur is bij de in artt. 2.14 en 3.8 Wcw genoemde omstandigheden verplicht te melden. De verplichting rust echter op het warmtebedrijf, en niet op de bestuurders in privé. Het handelen in strijd met een wettelijke verplichting kan onder omstandigheden tot persoonlijke aansprakelijkheid leiden, maar dan zal de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt gemaakt moeten kunnen worden, en het niet melden op zichzelf tot schade hebben geleid.

c. Leveringszekerheid

Ingrijpen door de ACM heeft als doel de leveringszekerheid te garanderen. Zoals aangegeven heeft de ACM op grond van de Wcw de mogelijkheid om maatregelen te nemen (opdrachten geven) en een noodleverancier aan te stellen. Zodra een warmteleverancier zelf meldt dat hij niet in staat is om warmte te blijven leveren zal als eerste moeten worden vastgesteld of de onderneming nog “financieel gezond” is, kortom of een normale bedrijfsuitoefening mogelijk is. Als dat niet het geval is, dan kan de noodleverancier mogelijk gelijk worden ingezet. Mocht het mogelijk zijn dat

² De precieze norm zal worden ingevuld in een nog op te stellen AmvB.



de betreffende leverancier zelf zijn bedrijfsactiviteiten voortzet, dan heeft dat de voorkeur. Mogelijke ingrepen die het warmtebedrijf zelf kan nemen, zijn bijvoorbeeld het 'vrijwillig' verhogen van de prijzen, het aanwijzen van een nieuw bestuur, het aanstellen van een bewindvoerder, enz. De rol van de ACM zou hierin vooral ondersteunend en sturend kunnen zijn, bijvoorbeeld door informeel overleg met het warmtebedrijf. Wel bestaat de mogelijkheid dat de ACM een stille bewindvoerder aanwijst, die het warmtebedrijf instructies kan geven. Zie art. 2.44 Wcw.

Een WHOA-traject is voor deze situatie niet geschikt: dat traject duurt in de regel enkele maanden (of meer), en is lastig en kostbaar, en het is altijd onzeker of een WHOA-traject zal slagen. Ook niet elke situatie kan met een WHOA-traject worden opgelost. Dat is met name niet het geval al de onderneming (het warmtebedrijf) niet levensvatbaar is. Als een warmtebedrijf echt in zwaar weer zit, is een noodleverancier gelijk nodig.

Dit is lastiger als er geen signalen vanuit de onderneming zelf komen, maar dat er wel sprake is van een glijdende (neerwaartse) schaal. Mogelijk zijn er ijkpunten in te stellen waarbij de ACM moet ingrijpen. Financieel kan aangehaakt worden bij het tijdige opstellen en deponeren van de jaarrekeningen. De wet koppelt aan het niet tijdig-deponeren van de jaarrekening ook een vermoeden van persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders aan (art. 2:248 lid 2 BW), waardoor dit ook min of meer een objectief bepaalbaar punt kan zijn. Verder kan worden gekeken naar de kasstromen (ebitda), dividendbeleid- of uitkeringen, of rekening-courant met de directie. Als er te veel geld uit de onderneming gehaald wordt, zou dit een trigger kunnen zijn. Hetzelfde geldt mogelijk ook voor de solvabiliteit. Een warmteleverancier zou geen negatief eigen vermogen moeten hebben, of een minimale solvabiliteit.

Een andere trigger zou kunnen zijn dat er steeds terugkerende gebreken of klachten van consumenten van dezelfde aard zijn. Kennelijk heeft het bestuur het dan niet op orde, of krijgt de gebreken dan simpelweg niet opgelost. De ACM zou een onafhankelijk technisch bureau kunnen laten inschakelen om een onderzoek te doen naar deze technische toestand, waarna mogelijk ingegrepen kan worden, technisch via een maatregel, dan wel financieel via een noodleverancier.

Faillissement

Zodra het faillissement van een warmteleverancier wordt aangevraagd, of indien een warmteleverancier om andere redenen zijn plicht tot levering van warmte niet kan nakomen, zou de ACM daarvan direct op de hoogte moeten worden gebracht. Met betrekking tot de meldplicht geeft art 2.13 Wcw aan dat er een meldplicht is voor het warmtebedrijf, zodra zij redelijkerwijs kan voorzien dat zij haar taken niet langer kan uitvoeren. Een naderend faillissement valt daar onder, naar onze lezing. Op grond daarvan zou een warmtebedrijf (dan wel haar bestuurder) de ACM moeten inlichten indien zij een faillissement ziet aankomen.

Een faillissement brengt mogelijk de leveringszekerheid in gevaar. De ACM zou de mogelijkheid moeten hebben om de rechtbank te vragen om het



faillissementsverzoek aan te houden zodat een curator verkennend werk kan doen, voordat hij wordt aangesteld - dat zou verder geen extra wettelijke basis nodig hebben. Dit om de rust te bewaren en het stilvallen van de levering te voorkomen. De ACM zou daartoe een brief kunnen sturen naar de desbetreffende rechtbank t.a.v Team Insolventie. Een voorbeeldbrief treft u als bijlage bij deze notitie aan. De ACM kan niet ter zitting verschijnen. De zittingen zijn achter gesloten deuren. Het zal uiteindelijk ook de rechter zijn die beslist, maar als het maatschappelijk belang en de maatschappelijke rust in het geding is, dan zal een rechter dit zeker in overweging nemen. Vereiste is dan wel dat de ACM op de hoogte is van de faillissementszitting, bij welke rechtbank de zitting plaatsvindt, welke partijen betrokken zijn (is het een eigen aangifte of op verzoek van een schuldeiser) en op welk tijdstip. Ook bij eventuele aanhouding moet de ACM direct op de hoogte worden gebracht. Hoewel de ervaring leert dat een warmtebedrijf tijdig een aankomend faillissement meldt, zou het wel gewenst zijn als bij AmvB of in de Wcw wordt opgenomen dat het warmtebedrijf dit altijd aan de ACM meldt.

Zodra de curator wordt aangesteld is het volgende mogelijk.

1. De curator treft een lopende onderneming aan
 - 1.1 De curator draait de onderneming door op eigen geld
 - 1.1.1 de onderneming blijkt (voor de korte termijn) levensvatbaar en de curator zet de onderneming voort voor bepaalde tijd (gestreefd zal worden om snel te verkopen om aansprakelijkheid en kosten zo laag mogelijk te houden).
 - 1.1.2 De onderneming is niet levensvatbaar. De curator zal zo snel mogelijk de onderneming willen staken omdat doorleveren kosten met zich meebrengt.
 - 1.2 De curator heeft geen geld om door te draaien
 - 1.2.1 de curator zal de onderneming niet voortzetten, omdat hij de middelen niet heeft.
2. De curator treft een lege onderneming aan. De activiteiten zijn in een voor fase reeds overgedragen aan een ander warmtebedrijf..
 - 2.1 De curator doet verder niets. Hij hoeft ook niets te doen
 - 2.2 De curator meent dat er sprake is van een onrechtmatigheid (bijvoorbeeld een actio pauliana³) en onderzoekt of de overdracht van de activa (het warmtenet, zie art. 2.39 Wcw) naar het opvolgende warmtebedrijf kan worden vernietigd of schadevergoeding kan worden gevorderd.

In alle gevallen moet de ACM direct een noodleverancier kunnen aanstellen, indien de leveringszekerheid in het geding komt. Of en hoe die wordt ingezet is de volgende vraag.

- 1.1.1 Hierbij is direct ingrijpen van de ACM niet nodig. Wel is het gewenst als de ACM als vraagbaken klaar staat en de belangen van

³ Art. 42 Fw.



de consument in de gaten houdt, hieronder kan onder andere worden verstaan dat consumenten hun vragen en/of ongerustheden/onzekerheden met de ACM kunnen delen en de ACM daar eventueel op kan acteren, door contact te zoeken met de curator of nieuwe warmteleverancier. Wellicht als een extra controle, vinger aan de pols (naast de rechter-commissaris) op de curator. Dat creëert ook rust. Het is aan te bevelen dat er zo snel mogelijk contact wordt gelegd met de curator. Tevens kan de ACM – zodra er bijvoorbeeld signalen komen vanuit de consument – contact zoeken met de curator en rechter-commissaris, om de belangen van de consument te behartigen. Dat geeft de consument rust, nu hun belangen - in hun ogen - ook vertegenwoordigd worden.

- 1.1.2 Dit kan gevaarlijk zijn. Op het eerste gezicht lijkt er niets aan de hand, maar gedurende de eerste dagen blijkt dat zaken niet op orde zijn, en de onderneming helemaal niet voorgezet kan worden zonder steun. Hierin is geen onderscheid gemaakt tussen technische mankementen, mismanagement en/of financiële debacles. Een curator zal dan zo snel mogelijk de onderneming willen staken. Ingrijpen is dan noodzakelijk om warmtelevering te kunnen continueren. Daarvoor wordt verwezen naar 1.2
- 1.2 Nu ontstaan er moeilijkheden. De curator heeft geen middelen om de onderneming voort te zetten en zal noodgedwongen (of hij wil of niet) moeten stoppen.
 - a. De ACM doet niets. Dan zal de levering stoppen. Als de curator geen middelen en/of personeel heeft om de warmtelevering voort te zetten, dan zal de warmtelevering stoppen. De curator zal de afnemers moeten informeren, maar hoe dat in de praktijk zal lopen is niet te zeggen. Dat kan gaan via een mailing aan alle klanten of een website die speciaal daarvoor wordt aangemaakt en waar alle FAQ op staan. Dit scenario zal zeker onrust veroorzaken.
 - b. De ACM benoemt direct een noodleverancier. Deze neemt de gehele productie, transport en levering over. De klanten zullen – conform de geldende regelgeving – op hetzelfde contract overgaan naar de noodleverancier. Levering is verzekerd, alleen zal de curator een vergoeding willen zien voor de overgenomen onderneming of haar activa.
 - c. Het verstrekken van financiering aan de curator om de levering van collectieve warmte voort te zetten, is ook mogelijk. Of een noodleverancier of Gasunie daartoe bereid is, kan vooraf niet gezegd worden. Ook zal een lening niet in alle gevallen de oplossing zijn; als de curator over onvoldoende personeel beschikt, de voorziening defect is, er geen verzekering is, enz., zal de curator ondanks beschikbare financiering de warmtelevering niet hervatten / voortzetten.



Leveringszekerheid en gedwongen overdracht van het warmtenet tijdens faillissement

In de Wcw is geregeld dat de ACM een andere onderneming kan aanwijzen als nood-warmteleverancier (art. 2.44). Vervolgens zal een nieuwe reguliere aanwijzing moeten volgen (art. 2.2 e.v.), Het gevolg daarvan is dat de eigendom van het warmte(transport)net aan de nieuwe onderneming moet worden overgedragen (art. 2.39 lid 2, art. 2.39 lid 3, art. 3.11 lid 2 en art. 5.15. lid 2). Het warmtebedrijf waarvan de aanwijzing is ingetrokken of overgedragen, heeft recht op een op een tegenprestatie van het daarop volgende aangewezen warmtebedrijf die de marktwaarde van de verschaftrechten op het warmtenet vertegenwoordigt (art. 2.39 lid 4). Regels omtrent gedwongen overdracht en de tegenprestatie zullen bij AmvB nader worden vastgesteld. De Memorie van Toelichting bij de Wcw geeft handvatten voor de wijze van waardebeoordeling (netto contante waarde⁴).

De gedwongen eigendomsoverdracht en vooraf gereguleerde hoogte van de tegenprestatie (verkoopprijs) geldt echter niet bij faillissement van het warmtebedrijf. De Wcw-wetgever laat dit over aan de faillissementscurator onder toezicht van de rechter-commissaris.

Toch is juist in een faillissementssituatie de leveringszekerheid op de korte en lange termijn hoogst onzeker. Het verdient daarom aanbeveling om ook voor een faillissement een procedure in te voeren voor overdracht van het warmte(transport)bedrijf, bijvoorbeeld vergelijkbaar aan de SLR-procedure voor elektriciteit en gas. In geval van faillissement krijgt de curator dan gedurende een bepaalde vensterperiode (van bijvoorbeeld twintig of dertig werkdagen) de tijd om zelf een overdracht van het warmte(transport)bedrijf te organiseren, maar lukt dat niet dan kan de ACM zelfstandig een ander warmte(transport)bedrijf aanwijzen aan wie de curator het warmte(transport)net moet overdragen.

De verwachting is dat in de praktijk de curator gebaat zal zijn bij een goede samenwerking met de ACM en de ACM zal opzoeken als vraagbaak, en blij zal zijn met de overdracht van het failliete warmte(transport)net aan de door de ACM nieuwe aangewezen onderneming, maar een wettelijke basis is er niet voor (en dus ook geen garantie). Het verdient dus aanbeveling regels in te voeren over de aanwijzing van een ander warmtebedrijf, de gedwongen overdracht van het warmte(transport)net en de prijsstelling daarvan ingeval de curator zelf niet in overdracht zou slagen, in een AmvB. In de huidige wettekst is de gedwongen overdracht en wijze van prijsvaststelling uitgesloten voor Faillissement. Als er voor collectieve warmtevoorzieningen een SLR-achtige regeling komt die voorziet in gedwongen overdracht aan een opvolgende leverancier, zal de curator daar aan gebonden zijn .

- d. De curator leent of krijgt geld van een derde. Dit zal dan moeten worden verstrekt als een boedelkrediet. Geen

⁴ MvT p. 106 e.v.



commerciële partij zal geld in een faillissement willen steken, zonder enige zekerheid dat hij dat geld terugziet. Bij een boedelkrediet kan worden afgesproken dat de curator dit krediet terugbetaalt uit bijvoorbeeld de daadwerkelijk geïnde debiteuren na datum faillissement, na aftrek van zijn kosten om de onderneming voort te zetten. De curator kan dan een termijn krijgen waarin hij een koper voor de onderneming zoekt. Het is niet wenselijk als die termijn langer dan één maand duurt. De marktwerking zal de prijs bepalen. Mocht er geen koper worden gevonden, dan zal de noodleverancier de onderneming moeten voortzetten.

Let op! Curatoren streven bij verkoop van de onderneming altijd de hoogste opbrengst na. Als er volop geboden wordt op de onderneming, maar die prijs is lager dan de vaste prijs die de noodleverancier zal moeten betalen, zal geen curator ingaan op de koopprijs van andere leveranciers. De prijs van de noodleverancier moet dus een scherpe prijs zijn en het moet duidelijk zijn dat het een noodgreep is. Alleen als er geen kopers zijn, kan hierop een beroep worden gedaan. In dit kader is het aan te bevelen om in de SLR warmte een prijsmechanisme op te nemen, waarmee een prijs kan worden bepaald. Indien er niet is bepaald, zullen de curator en de warmteleverancier onderling de prijs moeten bepalen. Het is niet zeker dat partijen er dan uit komen. Mochten partijen geen overeenstemming bereiken, dan kan het zijn dat de warmtelevering stopt en niet wordt overgedragen. Indien er namelijk geen koper is voor de onderneming zal de curator nog proberen de activa te veilen. Mocht het ook op de veiling onverkocht blijven, dan zal de curator de activa weggooien, of achterlaten in de bedrijfsruimte (waar zij dan het probleem van de verhuurder wordt).

Mogelijk ligt bovenstaande anders als er een koper is, maar deze wordt niet goedgekeurd door de ACM omdat het bijvoorbeeld een mogelijk malafide partij is. Het nieuwe warmtebedrijf dat de activiteiten van de failliete onderneming wil overnemen, zal natuurlijk aan alle wettelijke vereisten moeten voldoen. Daaronder begrepen de aanwijzing van de ACM (art. 2.5 en 2.7 Wcw). Het staat de curator vrij te verkopen aan wie hij wil. In de praktijk zal een malafide partij geen aanwijzing van de ACM krijgen. Dit lijkt ons daarom geen reëel scenario. Mocht het toch zo zijn dat een curator de onderneming heeft verkocht aan een malafide partij en die heeft een aanwijzing ontvangen, dan kan de ACM van al haar bevoegdheden uit de Wcw gebruik maken, waaronder de aanstelling van een stille bewindvoerder (art. 2.44 Wcw), intrekken aanwijzing (voor zover aanwezig) of een gedwongen overdracht aan een derde-partij (art. 2.39 Wcw).

2.1 Hier ontstaan geen moeilijkheden. In dit geval is er niets beters dan een curator die niets doet.



- 2.2 Indien de onderneming – binnen een jaar voor faillissement - is overgedragen aan een derde zal de curator altijd onderzoeken of hier sprake is van een actio pauliana. Om het risico daarop te vermijden, is het belangrijk dat de overdracht een verplichting (verplichte rechtshandeling) moet zijn (bijvoorbeeld wettelijk vastgelegd) en dat de overname prijs marktconform is. Met het bepalen van de overnameprijs zou kunnen worden aangehaakt bij de tariefstelling. Mocht de curator de rechtshandeling vernietigen, dan zullen de bedrijfsactiviteiten (incl. productie, goodwill, klantenbestand, enz.) weer in de onderneming vloeien, waardoor de curator van het warmtebedrijf weer zal moeten leveren. Dit is niet gewenst, maar ook een curator zelf zal dat niet wenselijk vinden. De inschatting is dat de curator dan ook schadevergoeding zal zoeken, dan voor het terugkrijgen van de activiteiten. De vraag is echter of dit zich voor zal doen. Het betreft hier het scenario dat een warmtebedrijf haar activiteiten voor het faillissement heeft overgedragen. Het faillissement treft dus de rechtspersoon, maar niet de lopende onderneming.
- Als de onderneming voor het faillissement is verkocht op aandringen van de bewindvoerder, lijkt ons dat sprake is van een gedwongen verkoop cf. art. 2.39 Wcw. De verkopende partij ontvangt dan een marktconforme vergoeding. Dat zal niet snel paulianus zijn.

Faillissement aanvragen

In de toezichthoudende taak zal de ACM ook middelen moeten hebben om daadwerkelijk te kunnen doorpakken. Alleen praten of dreigen is niet afdoende. Een mogelijkheid zou zijn dat de ACM het faillissement van een warmtebedrijf kan aanvragen. Dit zou van belang kunnen zijn indien een warmtebedrijf niet in staat is om te blijven leveren. Het aanvragen van het faillissement van een warmtebedrijf zou niet de prioriteit van de ACM moeten zijn. De ACM zal vervolgens een noodleverancier inschakelen. De noodleverancier neemt de activiteiten over en de schulden blijven in de B.V.

Consumenten die aan een failliete warmteleverancier voorschotten hebben betaald, zijn die voorschotten in beginsel kwijt. Als concurrente crediteuren komen zij achteraan bij de uitdeling uit een faillissement, waarbij in verreweg de meeste gevallen aan concurrente crediteuren helemaal geen uitkering kan worden gedaan.

Het kan voor de consument – die net (al dan niet gedwongen) moest overstappen naar een nieuwe warmteleverancier – uiterst frustrerend zijn om te zien dat een bestuurder (die het in zijn ogen natuurlijk slecht heeft gedaan), zomaar weggkomt met zijn onrechtmatig/ondeskundig handelen. Het is voor de consument een goed signaal dat er een curator zal zijn, die er naar kijkt en het handelen beoordeelt. Nu kan alleen een crediteur het faillissement aanvragen, maar de ervaring leert dat deze dat niet zal doen omdat het niets oplevert.

De ACM is echter geen crediteur. Alleen een crediteur of het Openbaar Ministerie kan een faillissement aanvragen. De vraag is dus of ergens in het



traject de ACM crediteur kan worden, doordat zij kosten kan doorleggen/in rekening kan brengen of een boete opleggen.

Pre pack

Het zou wenselijk kunnen zijn om voorafgaande aan een faillissement reeds een curator “aan boord” te kunnen hebben die zich kan inlezen. Zodra het faillissement is uitgesproken kan de beoogd curator aanvangen met zijn werk. De ACM zou hierom kunnen verzoeken zodra zij weet van de faillissementsaanvraag, danwel daartoe zelf verzoeken.

Een *pre-pack faillissement* heeft gedurende een aantal jaren tot 2017 (tot de Smallstepps-uitspraak van het Europees Hof van Justitie⁵) gefunctioneerd, maar tegenwoordig passen rechtbank dit niet meer toe. Een bedrijf dat mogelijk te maken krijgt met een faillissement kon (kan) de rechtbank verzoeken tot de aanstelling van een beoogd curator. Vaak gaat het hier om een advocaat of curator, in dit geval ook wel een stille bewindvoerder genoemd, die via een pre-pack onderzoekt of een doorstart van de (bijna) failliete onderneming na faillissement mogelijk is. Ten tijde van het onderzoek door de stille bewindvoerder zet het bedrijf de ‘normale’ werkzaamheden voort. Door het treffen van deze pre-pack voorbereidingen kan een onderneming bij een uitgesproken faillissement direct schakelen en besluiten een doorstart te maken of een verkoop bewerkstelligen. Het aanwijzen van een stille bewindvoerder door de rechtbank is ontwikkeld in de praktijk, en had (heeft) geen wettelijke basis. Om die wettelijke basis te maken, heeft het Ministerie van Justitie het wetsvoorstel WCO I gemaakt (2016), maar dit wetgevingstraject ligt thans stil.

NB. De stille faillissements-bewindvoerder is een geheel andere functie dan de stille bewindvoerder bedoeld in art. 2.44 Wcw. Het zijn twee verschillende functies, met verschillende taken en bevoegdheden. De pre pack bewindvoerder (de beoogd curator) heeft vooral toezicht op de financiën van de onderneming en onderzoekt de mogelijkheden voor een doorstart van de bedrijfsactiviteiten, de Wcw-bewindvoerder ziet toe op de warmtelevering. Overigens zal een pre pack altijd het voorportaal van een faillissement zijn, dat in de regel enkele weken na aanstelling van de beoogd curator wordt uitgesproken.

Surséance van betaling

Als een onderneming (tijdelijk) in financiële moeilijkheden verkeert, althans voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet voort zal kunnen gaan, dan kan hij surséance van betaling aanvragen. Een WHOA-traject gaat voor op faillissement en surseance. Als een WHOA-traject loopt en kans op succes heeft, kan geen faillissement of surseance worden uitgesproken. Zie artt. 3d, 215 en 376 Fw. Surséance kan worden gekarakteriseerd als een algemeen uitstel van betaling die de rechtbank aan de schuldenaar verleent. Door een surséance van

⁵ EU HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.



betaling wordt de schuldenaar een zekere – financiële - rustpauze verleend, die zal moeten worden gebruikt om de financiële problemen (langzamerhand) weer de baas te worden. Waar het faillissement is gericht op liquidatie, is de surséance gericht op de continuïteit van de onderneming van de schuldenaar.

In de praktijk functioneert surséance van betaling veelal als het voorportaal van het faillissement. De meeste surséances worden binnen enkele dagen of (maximaal) enkele weken in faillissement omgezet.

Tijdens de periode van surséance blijft het bestuur slechts gezamenlijk met de door de rechtbank benoemde bewindvoerder bevoegd te beschikken over de onderneming. En net als bij een faillissement geldt er een fixatie van het beschikbare actief (eigendommen) van de onderneming. Het is daarom opvallend dat in artt. 2.39, 3.11 en 5.15⁶, en artt. 2.44 en 5.18⁷ wel een uitzondering wordt gemaakt voor failliete warmtebedrijven maar niet voor surséance van betaling. Wij zijn van mening dat ook in geval van surséance van betaling – waarbij naast een bewindvoerder ook een toezichthoudende rechter-commissaris wordt aangesteld – dezelfde uitzonderingen zouden moeten worden gemaakt in de Wcw.

WSNP (wet schuldsanering natuurlijke personen)

De WSNP is een faillissementsprocedure voor natuurlijke personen. Personen die te goeder trouw te veel schulden zijn aangegaan, hebben de mogelijkheid om na een periode van WSNP onder leiding van een door de rechtbank benoemde bewindvoerder met een schone lei (dus schuldenvrij) verder te gaan.

Ook ondernemers met een eenmanszaak kunnen toegang krijgen tot de WSNP. In theorie is het ook mogelijk dat een warmtebedrijf een eenmanszaak is, al zal het niet of slechts bij hele hoge uitzondering voorkomen dat een warmtebedrijf met 1.500 of meer aansluitingen als eenmanszaak geëxploiteerd wordt. Mocht dat toch zo zijn, dan menen wij dat de Wcw hetzelfde dient om te gaan met WSNP als met faillissement. De uitzonderingen van art. 2.39, 2.44, 3.11, 5.15 en 5.18 zouden dan ook voor WSNP moeten gelden.

WHOA (wet homologatie onderhands akkoord)

Op 1 januari 2021 is de wet homologatie onderhands akkoord (WHOA)⁸ van kracht geworden. De WHOA maakt het voor ondernemingen mogelijk om een faillissement te voorkomen door met een gekwalificeerde meer- of minderheid van schuldeisers een minnelijke regeling te treffen, die door de rechtbank verbindend verklaard kan worden voor alle schuldeisers van de onderneming. De WHOA is met name een procedure-regeling: de wet schetst slechts aan welke randvoorwaarden een WHOA-akkoord moet

⁶ Verplichte overdracht van het warmtenet of warmtetransportnet.

⁷ De bevoegdheid van de ACM om warmtebedrijven opdrachten te geven.

⁸ Faillissementswet Titel IV, afdeling 2 (art. 369 – 387 Fw.).



voldoen. Het betreft vooral informatieverplichtingen, dat crediteuren beter af moeten zijn dan in faillissement, dat onderlinge rangorde wordt gerespecteerd, de waarde van de onderneming redelijk / eerlijk wordt verdeeld, enz. Als aan deze voorwaarden niet is voldaan, zal de rechtbank de oplegging van het akkoord aan tegenstemmende schuldeisers moeten weigeren.

De WHOA bevat onder meer bepalingen omtrent een eerlijke verdeling van de door het onderhands akkoord te realiseren en veilig te stellen reorganisatiewaarde. Anders dan de akkoordregeling in faillissement of surseance van betaling kunnen onder de WHOA ook aandeelhouders in het onderhands akkoord worden betrokken en dus aan het onderhands akkoord worden gebonden: hetzelfde geldt voor geseceerde en preferente schuldeisers. Schuldeisers en aandeelhouders mogen echter niet in een aanmerkelijk slechtere positie komen dan in faillissement. Onder de WHOA kunnen schuldeisers en aandeelhouders in klassen worden ingedeeld en wordt per klasse gestemd. Een klasse wordt geacht voor het akkoord te zijn, als tenminste 2/3^e van het totaal aan vertegenwoordigde schulden voorstemt. Bestrijkt het akkoord meerdere klassen, dan kan het toch worden gehomologeerd ondanks het tegenstemmen van een of meerdere klassen.

Verder is de WHOA er primair op gericht de continuïteit van de onderneming te waarborgen (althoewel een WHOA ook gericht kan zijn op een gecontroleerde liquidatie van de onderneming) en de kansen op succes van een onderhands akkoordprocedure te vergroten. Daartoe bestaat de mogelijkheid om flankerende maatregelen te (doen) nemen, zoals het afkondigen van een beperkte (jegens sommigen) of algemeen (jegens allen) werkende afkoelingsperiode, waarbij de schuldenaar over goederen mag blijven beschikken. Ten slotte kunnen bezwarende overeenkomsten⁹ eenzijdig worden gewijzigd of beëindigd. Een herstructureringsdeskundige (of de schuldenaar zelf als er geen herstructureringsdeskundige is aangesteld) kan om wijziging vragen. Als de contractspartij akkoord gaat, wijzigt de overeenkomst. Gaat de contractspartij niet akkoord, dan zijn er slechts twee opties: 1) voortzetten van de bestaande overeenkomst, of 2) bij de homologatie van het akkoord aan de rechtbank vragen de overeenkomst te mogen beëindigen.

De eventueel daaruit voortvloeiende schadevergoedingsvorderingen kunnen in het akkoord worden meegenomen.

Tijdens een WHOA-traject is er geen door de rechtbank benoemde functionaris die de zeggenschap krijgt over de onderneming. De onderneming zelf blijft beschikkingsbevoegd, en het bestuur verantwoordelijk. Dit betekent ook dat de uitzonderingen van art. 2.39, 3.11 en 5.15 niet van toepassing zijn tijdens een WHOA-traject. De ACM kan ook tijdens een WHOA-traject haar taken en bevoegdheden uitoefenen, opdrachten geven, een aanwijzing intrekken en/of een andere leverancier aanwijzen aan wie de eigendom van de warmtevoorziening verplicht moet worden overgedragen.

⁹ Bijvoorbeeld te dure lease- of huurcontracten.



Verder is ook de WHOA voornamelijk gericht op continuïteit van de onderneming. Voor een warmteleverancier betekent dat dus ook de voortzetting van de warmteleveringen aan de consumenten. Van een geslaagd WHOA-akkoord hoeven consumenten dus ook geen hinder te ondervinden.

Niet alle WHOA-trajecten slagen. Mocht het akkoord om welke reden dan ook niet haalbaar zijn,¹⁰ zou dat de faillietverklaring van de onderneming tot gevolg kunnen hebben. Immers alleen ondernemingen die voorzien dat zij niet kunnen voortgaan met het betalen van hun schulden, kunnen van de WHOA gebruik maken. Er moet een 'pre-insolventie toestand' zijn. Als er geen WHOA akkoord tot stand komt, kan de onderneming haar schulden dus niet betalen. Een faillissement ligt dan voor de hand. Een andere optie is dat de onderneming doormoddert, of toch een andere uitweg vindt (maar dat is niet waarschijnlijk).

Het is dus aan te raden dat de ACM vinger aan de pols houdt indien een warmteleverancier een WHOA-traject start.

WHOA-trajecten zijn in de regel niet openbaar. Dit betekent dat er geen publicatie van plaatsvindt. Wij kunnen ons wel voorstellen dat de start van een WHOA-traject van belang is voor de toezichthoudende taak van de ACM, en dus valt onder de informatieplicht van art. 2.14 lid 2, art. 3.8 lid 3 en art. 5.8 lid 2 Wcw. De Memorie van Toelichting bij de Wcw merkt op dat de vraag wanneer sprake is van een verslechtering van de financiële situatie in de zin van art. 2.14 lid 2 sub b, art. 3.8 lid 3 en art. 5.8 lid 2 Wcw bij algemene maatregel van bestuur zal worden aangegeven. In die AmvB zal een verwijzing naar de WHOA kunnen worden opgenomen.

¹⁰ Tegenstemmende schuldeisers, geen levensvatbaarheid voor de toekomst, niet kunnen betalen van lopende kosten tijdens het WHOA-traject of anderszins.