



De Minister van Justitie en Veiligheid
prof. dr. mr. F.B. Grapperhaus
De Minister voor Rechtsbescherming
drs. S. Dekker
Postbus 2030 I
2500 EH DEN HAAG

Datum
18 december 2017

Uw kenmerk
2121286

Contactpersoon

Onderwerp
Advies over concept-wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

Geachte heer Grapperhaus, geachte heer Dekker,

Bij brief van 5 september 2017 heeft uw ambtsvoorganger de NVvR gevraagd te adviseren over concept-wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement. Dit advies is voorbereid door leden van de vereniging en vastgesteld door de Wetenschappelijke Commissie (hierna: WeCo) van de NVvR.

Strekking concept-wetsvoorstel

De voorgestelde regeling ziet, blijkens de memorie van toelichting, op ondernemingen die wel rendabele bedrijfsactiviteiten hebben, maar wegens een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken. Het doel van het concept-wetsvoorstel is om het reorganiserend vermogen van deze ondernemingen te versterken en te voorkomen dat een kleine groep van schuldeisers of aandeelhouders de belangen van de overige bij de onderneming betrokken partijen (waaronder andere schuldeisers en werknemers) schaadt door op oneigenlijke gronden een herstructurering tegen te houden waarmee een faillissement nog kan worden afgewend.

Advies

Algemeen

In zijn algemeenheid is de WeCo van mening dat een regeling, zoals het concept-wetsvoorstel beoogt neer te leggen, een positieve bijdrage kan leveren aan het vergroten van de kans op continuïteit van ondernemingen die in financiële problemen verkeren. Dit is van belang voor allen die betrokken zijn bij een dergelijke onderneming, inclusief haar werknemers.

Naar aanleiding van de bestudering van het concept-wetsvoorstel vanuit het oogpunt van de rechterlijke macht maakt de WeCo de volgende opmerkingen.

1. De rol van de rechter

Op basis van het concept-wetsvoorstel begrijpt de WeCo dat de rechtbank bij de invoering van dit wetsvoorstel de volgende rollen kan gaan vervullen:

1. Schorsen van een verzoek tot faillietverklaring (art. 3d Fw).
2. Aanwijzen van een deskundige op verzoek van een schuldeiser (art. 371 Fw).
3. Afkondigen van een afkoelingsperiode op verzoek van de schuldenaar (art. 375 Fw).
4. Geschillenbeslechting op verzoek van de schuldenaar (art. 376 Fw).
5. Treffen van voorlopige voorzieningen op verzoek van de schuldenaar of ambtshalve (art. 377 Fw).
6. Beoordeling van een verzoek tot homologatie van het akkoord (art. 381 Fw).

De WeCo is van mening dat de uitoefening van deze taken door de rechter knelpunten opleveren op het gebied van

- a. de openbaarheid;
- b. termijnen; en
- c. waarderingsvraagstukken.

Hieronder worden deze gesignaleerde knelpunten uiteen gezet.

Ad a. De openbaarheid

Een belangrijk karakterpunt van de voorgestelde regeling is volgens de WeCo dat de voorbereiding van een akkoord niet openbaar is. De reden daarvoor is, zo begrijpt de WeCo, dat de schuldenaar op deze manier in alle rust samen met de relevante partijen het akkoord, in feite het reddingsplan, kan voorbereiden en uiteindelijk ook kan implementeren. De vraag dringt zich op hoe deze niet-openbare voorbereiding en behandeling zich met name verhoudt tot de regelingen in de artikelen 3d en 375 van de Faillissementswet (hierna: Fw), respectievelijk de schorsing van het faillissementsverzoek en het afkondigen van een afkoelingsperiode.

- Artikel 3d, eerst lid Fw

Het is naar de mening van de WeCo bepaald niet ondenkbeeldig dat een faillissement is aangevraagd door een schuldeiser aan wie geen akkoord wordt aangeboden, bijvoorbeeld omdat deze schuldeiser een vordering heeft die niet materieel genoeg is in het kader van de beoogde herstructurering. Deze schuldeiser zal dus niet op de hoogte zijn van het (beoogde) akkoord. De WeCo vraagt zich af hoe de rechtbank met het faillissementsverzoek van een dergelijke schuldeiser dient om te gaan, er daarbij van uitgaande dat de schuldenaar tevens aan de rechtbank melding maakt van het aangeboden akkoord. Schorsen van de behandeling van de faillissementsaanvraag op grond van artikel 3d Fw zal tot gevolg hebben dat ten minste bij die schuldeiser bekend wordt dat een akkoord wordt voorbereid. Het is bovendien de vraag hoe de rechtbank in zo'n geval zal kunnen beoordelen of sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 3d, eerste lid, onder a. Daarnaast is de WeCo van mening dat noch in het concept-wetsvoorstel, noch in de memorie van toelichting duidelijk wordt gemaakt hoe het besloten karakter in zijn algemeenheid gewaarborgd zal moeten worden. Zijn bijvoorbeeld de stemgerechtigden gebonden aan een bepaalde geheimhoudingsplicht?



Kan een verzoek tot homologeren van een akkoord ook nog worden gedaan na afwijzing van een faillissementsverzoek van een schuldeiser en lopende diens verzoek in hoger beroep, bijvoorbeeld nadat het slechter gaat met de onderneming/schuldenaar en deze uiteindelijk toch een akkoord buiten faillissement na gaan streven? Gelden dan de regels ter zake schorsing mutatis mutandis? Gelden dan alle andere bepalingen van het voorstel dan als uit te voeren door de rechtbank die het eerder faillissementsverzoek heeft afgewezen? Aan bovenstaande vraagpunten ware ten minste in de memorie van toelichting aandacht te besteden.

- Artikel 375 Fw

Ook de afkoelingsperiode roept, vanuit het gegeven dat het bij deze regeling om een besloten procedure gaat, bij de WeCo vragen op. De WeCo begrijpt dat de mogelijkheid van het afkondigen van een algehele afkoelingsperiode ten aanzien van al het actief van de schuldenaar mogelijk is overgenomen uit het Amerikaanse systeem van de zogenaamde Chapter 11-procedure. Daarbij heeft de wetgever ervoor gekozen aan te sluiten bij de huidige regeling die van toepassing is op de surseance van betaling. De WeCo merkt daarbij op dat zowel de Chapter 11-procedure als de surseance van betaling openbare procedures zijn. Het niet openbare karakter van het akkoord doet echter denken aan het Engelse systeem van de Scheme of Arrangement. De Scheme of Arrangement kent het principe van een algehele afkoelingsperiode niet. In de praktijk worden daar contractuele afspraken gemaakt tussen de schuldenaar en een bepaalde groep van schuldeisers inhoudende dat deze groep schuldeisers gedurende de periode dat aan de Scheme of Arrangement wordt gewerkt, geen verhaal zal nemen op het actief van de schuldenaar en geen rechten uit zal oefenen die een nadelig effect kunnen hebben op de continuïteit van de schuldenaar en het implementeren van de Scheme of Arrangement.

De WeCo meent dat de in het concept-wetsvoorstel voorgestelde afkoelingsregeling zich niet goed verhoudt met het niet-openbare karakter van het akkoord, voor zover de schuldeisers aan wie het akkoord niet wordt aangeboden wel zouden zijn gebonden aan de afkoelingsregeling. Als het akkoord namelijk niet openbaar is, met als reden dat in alle rust gewerkt kan worden aan het reddingsplan, dan valt daarmee niet goed te rijmen dat de rechtbank op verzoek van de schuldenaar een afkoelingsperiode afkondigt waardoor ook schuldeisers die buiten het akkoord vallen, worden beperkt in hun verhaalsmogelijkheden. Daarvoor gelden namelijk dezelfde vragen als die hiervoor bij artikel 3d Fw zijn gesteld. Wellicht moet het van toepassing verklaren van artikel 241a, tweede lid, Fw zo worden begrepen dat de rechtbank zelf kan bepalen tegen welke schuldeisers de afkoelingsperiode wordt afgekondigd. In dat geval kan de rechtbank bepalen om de afkoelingsperiode alleen van toepassing te verklaren op de schuldeisers aan wie het akkoord is aangeboden. Indien dit de bedoeling is, dan ware dit te verduidelijken in de memorie van toelichting.

Voor zover de regeling wel op alle schuldeisers van toepassing is, ongeacht of het akkoord aan hen is aangeboden, heeft de WeCo, naast de eerder gestelde vragen ter zake van artikel 3 Fw, de volgende aanvullende vragen:

1. Hoe kan het akkoord uit de openbaarheid blijven als er een afkoelingsperiode wordt afgekondigd die alle schuldeisers bindt? Hoe moet de rechtbank de schuldeisers op de hoogte brengen van de afkoelingsperiode?
2. Is een dergelijke afkoelingsperiode wel controleerbaar voor schuldeisers en afdwingbaar voor activa van de schuldenaar gelegen in het buitenland?

3. Voor zover de rechtbank de afkoelingsperiode alleen op een beperkte groep van schuldeisers van toepassing verklaart, dient zij dan in haar overweging mee te nemen dat hierdoor bepaalde schuldeisers die wel gebonden zijn, benadeeld (kunnen) worden ten opzichte van andere schuldeisers die niet gebonden zijn? Zoals in het voorbeeld van een bank die niet (meer) mag verrekenen tegenover een andere bank die nog wel mag verrekenen uit de memorie van toelichting: mag de rechtbank de afkoelingsperiode ook van toepassing verklaren op een grotere groep van schuldeisers dan verzocht door de schuldenaar? Of kan de rechtbank alleen de groep van schuldeisers beperken?

Aan deze vragen ware in de memorie van toelichting eveneens aandacht te besteden.

Ad b. Termijnen

De WeCo begrijpt dat de maximale termijnen van twee keer twee maanden voor zowel de afkoelingsperiode als voor de schorsing van de faillissementsaanvraag ingegeven zijn door de wens om de procedure zo efficiënt en kort mogelijk te houden. De WeCo acht het wenselijk om ook in de mogelijkheid te voorzien om deze periode in voorkomende gevallen te kunnen verlengen. De maximale termijn van vier maanden zal waarschijnlijk niet voldoende kunnen zijn bij complexe herstructureringen (zie Ad c voor meer achtergrond). Ook zal deze maximale termijn van vier maanden een belemmering kunnen vormen indien zich andere complicaties voordoen, zoals in het geval dat een deskundige wordt benoemd en/of indien de rechtbank zich moet buigen over geschillen. Bovendien kan deze termijn in de weg staan aan een zorgvuldige behandeling door de rechter. Een verlengingsmogelijkheid kan soelaas bieden. Dit ware aan te passen in het concept-wetsvoorstel.

Ad c. Waarderingsvraagstukken

Een ander knelpunt raakt aan de kern van de regeling die het mogelijk maakt om het akkoord ook algeheel verbindend te verklaren voor (een) klasse(n) die niet heeft (hebben) ingestemd met het akkoord (artikel 381, vierde lid, Fw). Ook deze regeling lijkt overgenomen uit de Amerikaanse Chapter 11 procedure. De Engelse Scheme of Arrangement kent alleen het algemeen verbindend verklaren van een akkoord binnen één en dezelfde klasse (vergelijk artikel 381, derde lid, Fw). De reden hiervoor is waarschijnlijk gelegen in het feit dat het binden van een tegenstemmende klasse in zijn geheel veel complexer is wat betreft waarderingsvraagstukken, maar ook dat het tijdrovender en duurder is en leidt tot een grotere belasting van de rechterlijke macht.

De rechtbank wordt op grond van het concept wetsvoorstel geacht te beoordelen of het akkoord eerlijk is voor alle door het akkoord gebonden partijen. In het geval een akkoord slechts algemeen verbindend wordt verklaard binnen één en dezelfde klasse is de wetgever duidelijk: de rechtbank zal dan alleen summier hoeven te toetsen. Ook speelt daar volgens de WeCo overigens nog wel de vraag aan welke minimum voorwaarden de waarderungen moeten voldoen (zie de voorgaande opmerking bij artikel 374 Fw). Bij het algemeen verbindend verklaren van het akkoord voor (een) tegenstemmende klasse(n) wordt van de rechtbank een uitgebreidere toetsing verwacht.

Op grond van het voorgestelde artikel 381, vierde lid, Fw dient de rechtbank een verregaande beoordeling te geven over zeer complexe waarderingsvraagstukken. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de rechtbank dient te beoordelen of de

herstructureringslasten of de waarde die met het akkoord kan worden gerealiseerd, eerlijk onder de klassen van schuldeisers en aandeelhouders worden verdeeld op het moment dat niet alle klassen instemmen met het akkoord. Dat dient zij te beoordelen aan de hand van de volgende criteria:

- a. Schuldeisers of aandeelhouders die waarde moeten inleveren, terwijl andere schuldeisers of aandeelhouders behorende tot een klasse met een lagere rang geen waarde hoeven inleveren (*absolute priority rule*).
- b. Schuldeisers of aandeelhouders die waarde moeten inleveren, terwijl andere schuldeisers of aandeelhouders behorende tot een klasse met een hogere rang meer dan 100% krijgen (*not more than 100% rule*).
- c. Schuldeisers of aandeelhouders die zonder redelijke grond in verhouding een lagere waarde krijgen dan een andere klasse van schuldeisers of aandeelhouders met een gelijke rang (*non discrimination rule*).
- d. Schuldeisers of aandeelhouders van wie de rechten door het akkoord worden gewijzigd, terwijl andere schuldeisers of aandeelhouders met een gelijke of lagere rang buiten het akkoord blijven (*non discrimination rule*).
- e. Schuldeisers die op basis van het akkoord geen uitkering in geld ontvangen ter hoogte van het bedrag wat zij naar verwachting bij faillissement van de schuldenaar wel in geld zouden ontvangen.

Zonder in te gaan op elk afzonderlijk criterium, zijn met deze toetsing mogelijk ingewikkelde waarderingsvraagstukken gemoeid. Bij de grote, internationale herstructureringen zal het zeer complex zijn om ten eerste te bepalen in welke klasse bepaalde schuldeisers moeten worden ingedeeld, en daarna wat de waarde is van hun vordering. De praktijk leert dat schuldeisers vaak verschillende petten op hebben, die elk om een andere beoordeling vragen. Ook dient rekening gehouden te worden met de (beperkte) mogelijkheid tot verhaal op grond van lokale wet- en regelgeving (bijvoorbeeld toepasselijke wettelijke garantiebeperingen en prioriteitsregels). Vervolgens dient dan beoordeeld te worden hoe de verschillende schuldeisersklassen zich tot elkaar verhouden. Ten aanzien van elke schuldeiser moet worden bepaald wat de waarde van de vordering is en wat die schuldeiser wel of niet krijgt na homologatie van het akkoord; en dat dan ook weer afgezet tegen de waarde die hij naar verwachting bij een faillissement zou krijgen.

In hoeverre dient de rechtbank aan de hand van deze criteria te toetsen? De memorie van toelichting schept hierover onvoldoende duidelijkheid. De praktijk laat zien dat in dergelijke situaties waarderingsdeskundigen in hun rapporten zelf al een ruime bandbreedte hanteren. Daarnaast kunnen de verschillen tussen waarderingsrapporten heel groot zijn, afhankelijk van welke assumpties en waarderingsgrondslagen worden toegepast. Wordt er van de rechtbank verwacht dat zij de waarderingsrapporten inhoudelijk gaat toetsen en, zo ja, hoe ver moet zij daarin gaan? Welk waarderingsrapport is leidend: dat van de schuldenaar of dat van de partij die zich beroept op één van de weigeringsgronden? Moet de rechtbank daarbij bijvoorbeeld rekening houden met potentiële opbrengsten als gevolg van bestuurdersaansprakelijkheidsprocedures die wel of niet succesvol door een curator kunnen worden gevoerd bij faillissement? Aan deze vragen ware aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

In het beoogde artikel 374, eerste lid, onder c, Fw is geen verplichting opgenomen de aangegeven waarde en/of opbrengst in faillissement te onderbouwen met taxatierapporten en een verklaring van de accountant, dan wel met een jaarrekening van het voorgaande jaar. Het is de schuldenaar zelf die de informatie verschaft en er vindt geen toets plaats op voorhand van het realiteitsgehalte van zijn verklaring. Evenmin bestaat er de verplichting te melden of aan aandeelhouders binnen een nader aan te geven periode nog uitkeringen zijn gedaan of leningen zijn terugbetaald of zekerheden zijn verschaft, noch of ten aanzien van het gevoerde beleid nog een bestuurdersaansprakelijkheidsclaim kan worden geformuleerd. Minst genomen zou volgens de WeCo ter zake een accountantsverklaring kunnen worden verlangd, in elk geval op het punt van onttrekkingen de voorgaande drie jaar en op het punt van correcte naleving van het depot van jaarrekeningen.

Mogelijk wordt bedoeld dat uit artikel 374, tweede lid, onder a, Fw één en ander kan blijken, dan wel uit de algemene maatregel van bestuur, bedoeld in artikel 374, derde lid, Fw, maar nu het cruciale informatie betreft is de WeCo van mening dat opname in de wet dient te worden overwogen. Dit met name omdat artikel 384 Fw toelaat dat de schuldenaar (dan wel een andere aanbieder van het akkoord) een bepaling opneemt teneinde ontbinding en vernietiging van het akkoord uit te sluiten, zodat in ieder geval ook bedrog door de schuldenaar dan wel door hem veroorzaakte dwaling onbestraft blijft. Uiteraard geldt dit laatste ook bij faillissement (artikel 165 Fw kent slechts ontbinding als mogelijkheid), maar daar worden zo goed als altijd eerst de activa door de curator in kaart gebracht, hetgeen bij een akkoord ter voorkoming nog van een faillissement juist niet gebeurt. Mogelijk wordt bedoeld dat een vaak ambtshalve te benoemen deskundige ('stille curator') één en ander moet monitoren (voorgesteld artikel 377 Fw). De WeCo vraagt zich dan af hoe de betreffende rechtbank moet weten dat een akkoord wordt voorbereid althans aan de relevante klassen wordt aangeboden.

Hieraan ware ten minste in de memorie van toelichting nadere aandacht te besteden.

Dusdanige beoordelingen vragen om een grote en specifieke deskundigheid van de rechter. Daarbij zal een dergelijke procedure zeer tijdrovend kunnen zijn, om welke reden de WeCo eerder de mogelijkheid tot verlenging van de termijnen van de schorsing van faillissementsverzoeken en van de afkoelingsperiode noemde. Het gaat hier om nieuwe werkzaamheden voor de rechter. In Amerika zijn speciale rechters aangewezen die zich enkel bezig houden met Chapter 11 procedures. Een Chapter 11 procedure van enige omvang duurt al snel minimaal een jaar. Ook in het Verenigd Koninkrijk wordt de Scheme of Arrangement behandeld door speciaal daartoe aangewezen rechters.

De WeCo is om die reden van mening dat het wenselijk kan zijn dat in het kader van dit wetsvoorstel wordt gezien welke rechters met deze taken belast zullen zijn en over welke (aanvullende) competenties zij dienen te beschikken. Er kan bijvoorbeeld over gedacht worden - zeker in de aanloopfase na implementatie van dit wetsvoorstel - een specifieke rechtbank in Nederland aan te wijzen die dergelijke akkoorden zal behandelen, in elk geval waar het gaat om de akkoorden van grotere ondernemingen. Binnen de alsdan bevoegde rechtbank zal een team van rechters zich moeten specialiseren in dit onderwerp. Daartoe zullen naar alle waarschijnlijkheid ook voldoende menskracht en financiële middelen beschikbaar dienen te worden gesteld. Het verdient volgens de WeCo aanbeveling om te kijken of ook waarderingsdeskundigen onderdeel moeten uitmaken van zo'n team. Op dit moment valt het nog moeilijk te voorspellen hoe vaak gebruik zal worden gemaakt van een dergelijk akkoord, en, diensgevolge, hoe groot een dergelijk team zou moeten zijn.



Hierover is nadere afstemming op een later moment volgens de WeCo aangewezen. Indien ervoor wordt gekozen om slechts één of enkele rechtbanken te belasten met de homologatie van akkoorden¹, dan behoeft naar de mening van de WeCo aandacht hoe dit zich verhoudt tot (reguliere) verzoeken tot faillietverklaring die na indiening van een akkoordvoorstel zullen worden ingediend bij de rechtbank die gewoonlijk bevoegd is op dergelijke verzoeken te beslissen (zie artikel 3d Fw). Ook moet dan worden gezien welke rechtbank bevoegd is een afkoelingsperiode te gelasten. Ter zake ware dan in het wetsvoorstel een regeling te treffen.

Uit het voorgaande blijkt dat met name de rol van de rechter bij homologatie van een akkoord bij (een) tegenstemmende klasse(n), althans een substantiële groep tegenstemmende stemgerechtigden, veel vragen oproept. Er dient, zo meent de WeCo, goed over nagedacht te worden hoe deze rol zo optimaal mogelijk ingevuld kan worden. Hieraan ware in de memorie van toelichting aandacht te worden besteed.

2. Artikelsgewijze opmerkingen

- Artikel 3d (Schorsing faillissementsverzoek)

Ter zake van het vierde lid vraagt de WeCo zich af wat er gebeurt met het verzoek tot faillietverklaring als niet tot homologatie wordt overgegaan door de rechtbank? Wordt het oorspronkelijke verzoek dan direct in behandeling genomen door de rechtbank? De memorie van toelichting ware op dit punt te verduidelijken.

- Artikel 5 Fw (procesvertegenwoordiging)

Gezien de hoeveelheid informatie die door de schuldenaar/ondernemer moet worden aangeleverd, lijkt ordening van deze informatie en zeker ook enige controle op het waarheidsgehalte ervan ten behoeve van schuldeisers en later de rechtbank gewenst. Het is de WeCo niet duidelijk waarom niet ook al in de voorfase verplichte procesvertegenwoordiging wordt voorgeschreven, juist wegens de betekenis van een goede voorfase voor het uiteindelijk welslagen van het proces. Enige schifting tussen kansrijke en kansloze voorstellen lijkt geïndiceerd, om dezelfde redenen als in de memorie van toelichting is verwoord voor de andere verzoeken waartoe artikel 5 Fw wordt aangepast. Het concept-wetsvoorstel ware op dit punt aan te vullen.

- Artikel 42a Fw

De WeCo vraagt zich af of onder de 'nieuwe' geldlening ook het laten doorlopen van een reeds langjarig bestaande rekening-courantkrediet/verhouding valt. Of is in dat geval eerst een 'sacrale' oormerking vereist dat de voortzetting is bedoeld voor hetgeen het artikel verder als eis stelt (kort gezegd 'in belang van continuïteit der onderneming')? Dit ware te verduidelijken in de memorie van toelichting.

¹ Zie in dit verband ook Preadvies Vereeniging Handelsrecht 2017, *Het dwangakkoord buiten faillissement*, p. 40 (bijdrage Tollenaar) waarin gepleit wordt voor specialisatie en concentratie

- Artikel 47 Fw

De aanpassing van artikel 47 Fw beoogt klaarblijkelijk ten aanzien van het ontvangen van betalingen met wetenschap van een lopend faillissementsverzoek - normaliter paulianeus indien het faillissement ook op dat verzoek wordt uitgesproken- een uitzondering te maken voor betalingen die nodig zijn voor voortzetting van de bedrijfsvoering (vergelijk het voorgestelde artikel 42 a Fw). Als dat inderdaad de bedoeling is, dan is het volgens de WeCo wenselijk dat ook expliciet als eis in het artikel te zetten. Dit maakt mogelijk dat de curator na een onverhoopt mislukt buitengerechtelijk akkoord toch nog de reden van de betaling kan controleren. De huidige tekst maakt dat iedere betaling, ook ingeval van een pure bevoordeling van de betreffende schuldeiser als mogelijk dicht aan de schuldenaar gelieerd, toegelaten is, zolang maar een verzoek als bedoeld in artikel 370 Fw is ingediend, hoe kansloos eventueel ook, en dat tot schorsing heeft geleid. Hieraan ware aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

- Artikel 369 Fw (Toepassingsbereik)

Ter zake van het vierde lid stelt de WeCo dat het voor de rechtbank in bepaalde gevallen het niet mogelijk zal zijn om te verifiëren of ook daadwerkelijk alle economisch gerechtigden op de juiste manier zijn aangeschreven om te stemmen over het akkoord. Te denken valt daarbij aan situaties van een veelvoud aan onbekende (veelal buitenlandse) obligatiehouders, stille cedenten en subparticipanten bij gesyndiceerde leningen. Of aan het geval waarin sprake is van schuld waarin constant wordt gehandeld, juist in situaties waarin de schuldenaar in financiële problemen verkeert.

De schuldenaar zal ook zelf vaak niet (volledig) op de hoogte zijn van deze economisch gerechtigde partijen. Het concept-wetsvoorstel schept geen duidelijkheid over de vraag hoe met dergelijke situaties dient te worden omgegaan. Ook kan de situatie zich voordoen dat de rechtbank zich geconfronteerd ziet met meer partijen die menen in overwegende mate economisch belang te hebben bij een vordering. Dergelijke geschillen kunnen complex zijn, zeker indien daarbij grensoverschrijdende vraagstukken spelen. In de memorie van toelichting ware aandacht te besteden aan de vraag aan de hand waarvan en in hoeverre de rechter (ambtshalve) dient te toetsen of het economisch belang in overwegende mate bij een ander dan de schuldeiser ligt.

De WeCo is van mening dat de bepaling in het negende lid van artikel 369 Fw nadere verduidelijking verdient. Is het de bedoeling dat werknemers alleen van een akkoord zijn uitgesloten voor zover dat hun rechten uit hoofde van een arbeidsverhouding betreft? Tevens vraagt de WeCo zich af of in die gevallen waarin werknemers ook aandeelhoudersrechten hebben (verkregen) uit hoofde van bijvoorbeeld een optieplan, zij gebonden kunnen worden door het akkoord. In de memorie van toelichting ware hierover helderheid te verschaffen.

- Artikel 370 (Aanbieden van een akkoord door de schuldenaar)

Het is de WeCo niet duidelijk op welk moment sprake is van "een akkoord aanbieden", als genoemd in het eerste lid. Aangezien dit specifieke moment zeer relevant is, onder meer omdat vanaf dat moment maatregelen opgelegd kunnen worden door de rechtbank, is de WeCo van mening dat het van belang is dat in de memorie van toelichting hierover



duidelijkheid wordt gegeven. Het is de WeCo evenmin duidelijk hoe de betreffende rechtbank moet weten dat een akkoord wordt voorbereid, althans aan de relevante klassen wordt aangeboden. De WeCo vraagt zich tevens af of opname van een meldingsplicht - als uiteraard vertrouwelijk te behandelen en niet te publiceren, vergelijk de prepack - aan de (uiteindelijk) bevoegde rechtbank is te overwegen, mede in verband met de regeling als bedoeld in voorgesteld artikel 3d Fw. Hierop ware in de memorie van toelichting in te gaan, zo nodig met aanvulling van het concept-wetsvoorstel.

- Artikel 371 (Aanbieden van een akkoord door een schuldeiser)

Ter zake van het eerste lid zal de rechtbank, gezien de beperkte weigeringsgronden, op basis van de huidige tekst al vrij snel een verzoek van een individuele schuldeiser moeten toewijzen. Het is volgens de WeCo de vraag of dat wenselijk is, gezien de impact van een dergelijke maatregel. Wellicht kan in overweging worden genomen om een extra voorwaarde op te nemen waaruit volgt dat de schuldeiser ten minste de hoofdlijnen van een mogelijk akkoord schetst en waarbij er vervolgens een marginale toets door de rechtbank plaatsvindt omtrent de haalbaarheid van een dergelijk akkoord.

De kosten van de door de rechtbank te benoemen deskundigen kunnen hoog oplopen. Artikel 371 Fw is niet duidelijk over de vraag wie deze kosten moet dragen. Het concept-wetsvoorstel ware op deze punten te worden aangepast, dan wel verduidelijkt.

- Artikel 372 (Wederkerige overeenkomsten)

De WeCo is van mening dat aan het eerste lid nog dient te worden toegevoegd dat een voorstel tot wijziging van een wederkerige overeenkomst alleen mogelijk is vanaf het moment dat de schuldenaar een akkoord heeft aangeboden. Zie hiervoor ook het derde lid, waarin wordt verwezen naar het aanbieden van het akkoord. Daarnaast kan dit alleen gelden voor overeenkomsten die niet al door het akkoord worden gewijzigd. Het concept-wetsvoorstel ware op dit punt te worden aangevuld, dan wel te worden verduidelijkt.

- Artikel 372 (Indeling schuldeisers en aandeelhouders in klassen)

De WeCo verwijst naar de eerder gemaakte opmerkingen over het bepalen van verschillende klassen. Dit kan complex zijn bij grotere, internationale financieringen.

- Artikel 374 (Het akkoord)

Het eerste lid, onder c, geeft de kern voor de rechtbank om te kunnen beoordelen of het akkoord eerlijk is. De WeCo acht het wenselijk dat in het wetsvoorstel bepaalde randvoorwaarden worden opgenomen waar een waarderingsrapport aan moet voldoen, zoals dat een akkoord ten minste is opgesteld door een derde partij met een bepaalde mate van deskundigheid².

De WeCo meent dat het voorstel voorts erg lijkt uit te gaan van de welwillende schuldenaar die onwillige schuldeisers en/of aandeelhouders in het gareel moet zien te krijgen om zijn in beginsel levensvatbare onderneming te redden. Maar in de insolventiewerkelijkheid zijn ook

² Zie ook de waarderingsregels zoals uitgeschreven in de huidige standaard vorm LMA Intercreditor Agreement voor Acquisition Leveraged Finance transacties zoals gepubliceerd door de Loan Market Association (LMA)



(vele) schuldenaren bekend die met “andere plannen” bezig zijn en die de thans voorgestane mogelijkheid maar wat graag zouden misbruiken (“vlucht naar voren”) (zie ook hierna over mogelijk misbruik door aandeelhouders). Hieraan ware aandacht te besteden in de memorie van toelichting.

- Artikel 375 (Afkoelingsperiode)

Zie de hierover in het advies eerder gemaakte opmerkingen.

- Artikel 376 (Geschillen in fase waarin nog over het akkoord wordt onderhandeld)

De WeCo verwijst graag naar de bovenstaande opmerkingen over de mogelijke complexiteit van deze vraagstukken, de termijnen en de rol van de rechter. Daarbij vraagt de WeCo zich af in hoeverre deze “mini civiele procedures” met voldoende waarborgen zijn omkleed. Zijn hierop bijvoorbeeld de algemene regels en beginselen van het burgerlijk procesrecht (stelplicht/bewijslast; hoor- en wederhoor) van toepassing? Zo niet, dan vraagt de WeCo zich af wat rechtvaardigt dat daarop een inbreuk wordt gemaakt. En kan een schuldeiser zich ertegen verzetten dat omtrent zaken als de hoogte van de vordering in een dergelijke summiere procedure – kennelijk in één instantie en zonder de mogelijkheid van beroep - bindend wordt beslist, of kan hij hierop later terugkomen, bijvoorbeeld als het akkoord mislukt? De te treffen voorzieningen lijken uit te gaan van werkingskracht gedurende de levensfase van het akkoord, dus tot en met het moment van een beslissing ex artikel 381 Fw. Daarnaast spreekt de memorie van toelichting over het uitvoeren van een insolventietest door de rechter. De WeCo vraagt zich af of het hierbij gaat om dezelfde toets die nu wordt toegepast bij het beoordelen van een verzoek voor de aanvraag van een surseance van betaling. De memorie van toelichting ware op bovenstaande punten te verduidelijken.

- Artikel 380 (Bepaling terechtzitting waarop de rechtbank de homologatie zal behandelen)

De in het tweede lid genoemde korte termijnen zijn essentieel in situaties waarin een schuldenaar afstevent op een faillissement. Er zijn echter situaties denkbaar waarin een termijn van 8 tot 14 dagen niet wenselijk of haalbaar is. Bij bepaling van de termijn moet rekening kunnen worden gehouden met alle belangen en omstandigheden van het geval. In het geval dat de rechtbank het akkoord pas voor het eerst onder ogen krijgt indien het verslag ter inzage is gelegd en er bovendien sprake is van een complexe structuur van schuldeisers en/of aandeelhouders, lijken de termijnen van acht en veertien dagen bijvoorbeeld niet steeds realistisch. Er kan zelfs tot een dag voor de zitting nog bezwaar gemaakt worden door stemgerechtigden. De WeCo vraagt zich af wat het doel van de zitting is als de rechtbank zich niet afdoende heeft kunnen voorbereiden om de bezwaren van tegenstemmende stemgerechtigden te toetsen. Zoals reeds hierboven aangegeven voor de tweemaal-twee-maandentermijn, zou het volgens de WeCo ook hier de voorkeur verdienen een uitstel mogelijkheid op te nemen indien de complexiteit van het akkoord of andere omstandigheden van het geval daar redenen toe geven, waarbij de spoedeisendheid niet uit het oog wordt verloren. Bovendien zal moeten worden gewaarborgd dat de betrokken gerechten steeds over voldoende formatie (financiële/RA en juridische ondersteuning) beschikken om dit soort verzoeken met spoed te kunnen agenderen. Het concept-wetsvoorstel ware op dit punt aan te passen.



- Artikel 381 (Homologatie)

Ter zake van het tweede lid vraagt de WeCo zich af hoe de rechtbank het identificeren van economisch stemgerechtigden dient te verifiëren. Dit ware te verduidelijken in de memorie van toelichting.

Ter zake van het derde en vierde lid is de WeCo van mening dat het huidige voorstel niet voldoende rekening houdt met de mogelijkheid dat bijvoorbeeld aandeelhouders misbruik kunnen maken van de mogelijkheid van een het akkoord zoals nu voorgesteld, omdat zij zonder medewerking van preferente of concurrente schuldeisers in samenwerking met het bestuur van de schuldenaar een akkoord kunnen aanbieden. Zo kunnen bestaande afspraken tussen schuldeisers, gericht op een situatie waarin de schuldenaar in financiële problemen verkeert, op deze manier opzij geschoven worden door aandeelhouders. Gezien de positie van aandeelhouders, maar ook van achtergestelde schuldeisers, in een faillissement is dat niet gewenst. Om misbruik te voorkomen kan er aan gedacht worden om een extra algemeen geformuleerde weigeringsgrond op te nemen langs de volgende lijnen: een klasse lager in rang moet niet de mogelijkheid hebben om een klasse hoger in rang mee te trekken. Met andere woorden, een akkoord wordt ook niet gehomologeerd als dit niet wordt gesteund door de klasse hoogste in rang of bij meerdere klassen van dezelfde rang, tenminste een van de klassen hoogste in rang. Het concept-wetsvoorstel ware op dit punt aan te passen.

Verder is het volgens de WeCo niet duidelijk waarom in het vierde lid alleen schuldeisers (en aandeelhouders) een verzoek tot weigering kunnen indienen indien zij zelf tegen het akkoord hebben gestemd en (dus als cumulatieve eis) zijn ingedeeld in een klasse die niet met het akkoord heeft ingestemd, waarna vervolgens moet zijn voldaan aan één van de alternatieven als onder a tot en met d opgesomd. De WeCo vraagt zich af waarom tegenstemmen als zodanig door de schuldeiser gezien de verdere eisen als neergelegd in de alternatieven niet voldoende is. Dit ware te verduidelijken in de memorie van toelichting.

In het zesde lid lijkt de wettekst, zoals voorgesteld, door de verwijzing naar het eerste lid ("honoreert") te suggereren dat alleen tegen een toewijzende beschikking geen rechtsmiddel openstaat. Maar uit de memorie van toelichting blijkt dat wordt beoogd tegen de beslissing van de rechtbank in algemene zin geen hoger beroep toe te staan. Los van het feit dat alsdan wel "de doorbrekingsleer" geldt nu geen gewoon rechtsmiddel openstaat³, lijkt de onderbouwing voor het rechtsmiddelenverbod ("*na homologatie (zal) het akkoord snel uitgevoerd .. kunnen worden*") uitsluitend te zien op de situatie van een toewijzing van het homologatieverzoek. Bij afwijzing en juist ter vermijding van een onnodig faillissement zou hoger beroep heel zinvol kunnen zijn. In dat opzicht ware een asymmetrisch rechtsmiddelenverbod (zie artikel 292 lid 1 Fw) te overwegen.

³ Zie in gelijke zin Preadvies Vereniging Handelsrecht 2017, *Het dwangakkoord buiten faillissement*, p. 208 (bijdrage Van Vugt)

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

i/o



A.V. van den Berg
voorzitter a.i.