

## **Inleiding**

De vakgroep Litigation & Insolvency van AKD N.V. houdt zich bezig met de afwikkeling van faillissementen als curator, alsook de advisering en implementering van financiële herstructurerings van bedrijven in financiële moeilijkheden. Het voorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen deel II ("WCO II"), dat ter consultatie voorligt, geeft ons aanleiding tot het maken van de volgende kanttekeningen daarbij.

## **Doel**

Het wetsvoorstel introduceert het buitengerechtelijk dwangakkoord. Doel van de WCO II is het eenvoudiger maken van een financiële herstructurering teneinde de continuïteit van de onderneming op lange termijn te waarborgen en een faillissement te voorkomen. Waarborging van die continuïteit is ook in het belang van de schuldeisers, die niet gebaat zijn bij een faillissement. De praktijk heeft uitgewezen dat het surséanceakkoord niet goed werkt. Surséance van betaling is veelal het voorportaal van een faillissement. Wij onderschrijven daarom het doel van de WCO II.

## **Aantasting rechten van schuldeisers**

Heiligt dit doel ook het middel van het buitengerechtelijk dwangakkoord? Het dwangakkoord tast de rechten van schuldeisers aan. Een dergelijke aantasting moet gerechtvaardigd en proportioneel zijn. De rechtvaardiging bestaat daarin dat met het dwangakkoord een faillissement wordt afgewend en de schuldeisers ingeval van een faillissement slechter af zouden zijn.

### Dreigende discontinuïteit

De eerste voorwaarde (dreigende discontinuïteit) komt onder andere tot uitdrukking in artikel 370 lid 3 sub a Fw dat voorschrijft dat aan het voorstel voor het akkoord een plan wordt gehecht waarin uiteengezet wordt op welke wijze de continuïteit wordt verzekerd. Die voorwaarde komt ook tot uitdrukking in artikel 368 lid 2 Fw, maar niet in lid 1 van dat artikel. Lid 1 zou uitdrukkelijk dienen te bepalen dat de schuldenaar slechts ingeval van dreigende discontinuïteit een dwangakkoord kan aanbieden.

### Proportionaliteit

De tweede voorwaarde (proportionaliteit) komt onder andere tot uitdrukking in artikel 373 lid 2 Fw, waarin voor een aantal klassen van schuldeisers is bepaald dat zij in redelijkheid het akkoord mochten verwerpen indien zij minder ontvangen dan zij zouden ontvangen ingeval van een faillissement. Deze voorwaarde komt ook tot uitdrukking in artikel 373 lid 3 sub a Fw, waarin wordt bepaald dat een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van een akkoord wordt afgewezen indien de belangen van een crediteur onevenredig worden geschaad. De memorie van toelichting refereert daarbij aan het afwentelen van de lasten van het akkoord door een meerderheid op een minderheid. Het zou wenselijk zijn om ook in lid 3 duidelijk te stellen dat een akkoord niet algemeen verbindend verklaard zal worden

indien het aan (een klasse van) schuldeisers uit te betalen bedrag lager is dan de uitkering die zij zouden ontvangen indien de boedel van de schuldenaar zou worden vereffend. Artikel 153 lid 2 sub a Fw betreffende de homologatie van het surséanceakkoord bevat ook een dergelijke bepaling.

#### Wijziging van toekomstige verplichtingen

Het wetsvoorstel voorziet niet alleen in de mogelijkheid om bestaande verplichtingen van de schuldenaar te wijzigen, maar ook om toekomstige verplichtingen te wijzigen. De mogelijkheid om eenzijdig wijzigingen aan te brengen in contracten is een inbreuk op de contractsvrijheid. Een rechtvaardiging hiervoor is niet zonder meer te vinden in het afwenden van een dreigend faillissement. Een faillissement laat contractuele verplichtingen immers onverlet, hoewel de failliet die contractuele verplichtingen meestal niet zal na (kunnen) komen. De te wijzigen toekomstige verplichtingen zullen veelal voortvloeien uit duurovereenkomsten, zoals kredietovereenkomsten, huurovereenkomsten, leaseovereenkomsten en leveringsovereenkomsten. Arbeidsovereenkomsten vallen niet onder de reikwijdte van het wetsvoorstel. Indien de rechtvaardiging van de eenzijdige wijziging (lees aanpassing ten gunste van de schuldenaar) is gelegen in de dreigende discontinuïteit, dan roept dit de vraag op of de aanpassing gerechtvaardigd blijft indien de onderneming van de schuldenaar in de toekomst weer financieel gezond is. Artikel 373 lid 4 Fw biedt de contractspartij enige bescherming tegen een eenzijdige wijziging van toekomstige verplichtingen, doordat in dat geval de overeenkomst beëindigd kan worden. Aan een dergelijke beëindiging kan de rechtbank echter op verzoek van de schuldenaar nadere voorwaarden verbinden. Naar onze mening zouden die voorwaarden echter niet zodanig mogen zijn dat de contractuele wederpartij in een slechtere positie geraakt dan het geval zou zijn geweest bij een faillissement.

#### **Bewijslast**

Zoals hiervoor vermeld wordt de aantasting van de rechten van schuldeisers gerechtvaardigd doordat een dreigende discontinuïteit middels het akkoord wordt afgewend en de positie van de schuldeisers niet slechter wordt dan deze in een faillissement zou zijn geweest. Aangezien het dwangakkoord een aantasting van de rechten van de schuldeisers inhoudt ten gunste van de schuldenaar ligt het op de weg van de schuldenaar om aannemelijk te maken en bij betwisting aan te tonen, dat aan deze voorwaarden wordt voldaan. Hoewel snelheid en flexibiliteit belangrijk zijn in situaties van dreigende discontinuïteit, dienen de rechten van de schuldeisers gewaarborgd te worden.

Artikel 370 lid 3 Fw van het wetsvoorstel bepaalt onder a dat aan het voorstel voor het akkoord een plan moet worden gehecht, waarin uiteengezet wordt op welke wijze de schuldenaar beoogt de continuïteit van de onderneming na uitvoering van het akkoord te verzekeren. Verder dienen bepaalde financiële gegevens te worden aangehecht (sub g - j). Deze eisen zouden aangescherpt kunnen worden door te bepalen dat de schuldenaar zowel de dreigende discontinuïteit en daarmee de noodzaak voor het dwangakkoord, als het toekomstperspectief voor de onderneming bij aanneming van het dwangakkoord dient te

onderbouwen met financiële gegevens, zoals een balans voor en na uitvoering van het dwangakkoord en een liquiditeitsprognose. Om de betrouwbaarheid van deze gegevens te vergroten is het zaak dat deze worden voorzien van een verklaring door een accountant of andere financieel deskundige derde.

Artikel 370 lid 2 Fw van het wetsvoorstel bepaalt dat het voorstel voor het akkoord een omschrijving dient te bevatten van de financiële gevolgen per klasse van schuldeisers en aandeelhouders van wie de rechten worden gewijzigd, alsmede een waardering. De vraag of een schuldeiser met het dwangakkoord beter of slechter af is dan ingeval van een faillissement is van groot belang. Het akkoord zou hierover vooraf duidelijkheid moeten verschaffen, waarbij de financiële gegevens ter onderbouwing van de stelling dat schuldeisers beter af zijn met het dwangakkoord wederom voorzien zouden moeten worden van een verklaring door een accountant of andere financieel deskundige derde ter vergroting van de betrouwbaarheid daarvan.

Het voorgaande is ook belangrijk, omdat schuldeisers normaliter niet over dezelfde financiële gegevens zullen beschikken als de schuldenaar en om die reden niet snel in staat zullen zijn om aan te tonen dat het dwangakkoord nadeliger is voor hen dan een faillissement. Indien het akkoord eenmaal is aangenomen is het aan de schuldeiser om aan te tonen dat zijn belangen onevenredig worden geschaad door het akkoord.

### **Rechter-commissaris**

De toetsing door de rechter-commissaris op grond van artikel 371 Fw is slechts een marginale toetsing. Bovendien vergt ook een marginale toetsing van de (financiële) onderbouwing van het akkoord al specifieke kennis van de rechter. Het inschakelen van een deskundige door de rechter kan wellicht voorkomen worden indien strengere eisen worden gesteld aan de onderbouwing van het akkoord. Bovendien maken deze strengere eisen het toetsen van het akkoord gemakkelijker. Gezien de benodigde kennis voor het toetsen van het akkoord lijkt het ons wenselijk om de behandeling van deze zaken zoveel mogelijk te concentreren bij bepaalde rechters.

### **Stemprocedure**

Zoals hierboven opgemerkt zal het voor een schuldeiser niet eenvoudig zijn om aan te tonen dat zijn belangen onevenredig worden geschaad door een aangenomen dwangakkoord. Om te voorkomen dat de schuldeisers die tegen het akkoord zijn eenvoudig worden weggestemd dient de stemprocedure met de nodige waarborgen wordt omkleed. Artikel 369 van het wetsvoorstel geeft de schuldenaar grote vrijheid bij het indelen van de schuldeisers in klassen en daarmee grote invloed op de uitkomst van de stemming. Maximale flexibiliteit heeft een prijs. Overwogen zou kunnen worden om in de memorie van toelichting nader in te gaan op mogelijke klassen van schuldeisers, waarmee ook handvatten worden gegeven voor toetsing door de rechter. In artikel 372 lid 3 Fw wordt een criterium voor aanneming van het dwangakkoord gegeven dat afwijkt van het wettelijke criterium voor aanneming van het

surséanceakkoord. Een deugdelijke reden hiervoor ontbreekt. Dat schuldeisers de stemming kunnen 'manipuleren' door weg te blijven achten wij geen goede reden. Indien deze schuldeisers op komen dagen en tegen stemmen is kennelijk geen sprake van manipulatie, maar het effect is hetzelfde. Het nieuwe criterium maakt dat het akkoord sneller kan worden aangenomen indien schuldeisers niet komen opdagen voor de stemming. Dat geeft de schuldenaar een prikkel om de oproeping zo laat mogelijk te doen. Dat kan niet de bedoeling zijn.

### **Aandeelhouders**

Het hiervoor gestelde is van toepassing op schuldeisers waarvan de rechten door een dwangakkoord worden aangetast. Het wetsvoorstel voorziet ook in de mogelijkheid om rechten van aandeelhouders door een dwangakkoord te wijzigen. In geval van een faillissement zullen aandeelhouders normaliter geen aanspraken geldend kunnen maken. Zij staan achter in de rij bij uitdelingen en zijn in de praktijk steeds 'out of the money'. De mogelijkheid om het aangeboden akkoord weg te stemmen geeft aandeelhouders een machtspositie, waarvoor geen goede reden is. Aandeelhouders zouden aanname van het dwangakkoord niet moeten kunnen blokkeren. De individuele aandeelhouder die meent door het dwangakkoord onredelijk benadeeld te zijn kan tegen de algemeen verbindendverklaring daarvan opkomen op grond van artikel 373 lid 3.

### **Pauliana en verrekening in zicht van het faillissement**

Het wetsvoorstel regelt niet alleen het dwangakkoord maar ook de randvoorwaarden daarvoor, vanuit de gedachte dat schulden die ontstaan gedurende de periode waarin het akkoord tot stand komt voldaan moeten kunnen blijven worden wil het dwangakkoord kans van slagen hebben. Het bevat aanvullingen op c.q. aanpassingen van de artikelen 42, 47 en 54 Fw die erop gericht zijn om voortzetting van de financiering van de schuldenaar gedurende de periode tussen aanbieding en verbindend verklaring van het dwangakkoord mogelijk te maken. Het wetsvoorstel gaat daarin echter verder dan noodzakelijk is.

Waar het om gaat is dat de schuldenaar zijn onderneming gedurende de periode van totstandkoming van het dwangakkoord moet kunnen voortzetten. De in dat kader te maken kosten moeten betaald en gefinancierd kunnen worden. Daartoe noodzakelijke rechtshandelingen moeten dan niet achteraf aangetast kunnen worden. Het voorgestelde artikel 42a Fw, dat een uitzondering introduceert op artikel 42 Fw (faillissementspauliana), heeft echter betrekking op de verschaffing van zekerheid en garanties voor alle schulden die ontstaan in die periode. Deze uitzondering is te ruim geformuleerd, omdat daaronder ook rechtshandelingen vallen die betrekking hebben op schulden die niet noodzakelijk waren om de onderneming gedurende de periode van totstandkoming van het akkoord voort te kunnen zetten. De uitzondering zou beperkt moeten worden tot het verschaffen van zekerheid en garanties voor de operationele schulden (een nootkrediet daaronder begrepen) ontstaan op grond van prestaties die geleverd zijn tijdens de periode van totstandkoming van het dwangakkoord.

Voor het voorgestelde artikel 47 lid 2 Fw geldt mutatis mutandis hetzelfde als hiervoor gesteld met betrekking tot artikel 42a Fw. Ook hier zou de uitzondering beperkt moeten blijven tot de voldoening van opeisbare, operationele schulden die zijn ontstaan na indiening van het verzoek tot faillietverklaring.

Ook de uitzondering op het verbod tot verrekening van artikel 54 Fw gaat te ver. Gelet op de ratio daarvoor – het voortzetten van financiering tijdens de periode na aanbidding van het akkoord – zou de uitzondering beperkt dienen te blijven tot verrekeningen ten belope van (i) nieuwe financiering en (ii) gezeekerde betalingen (betalingen voor verpande voorraden die in de periode na aanbidding van het akkoord zijn verkocht). Het is immers de bedoeling dat de bank geen extra risico loopt bij doorfinanciering, niet dat de bank in een betere positie komt. Het huidige voorstel biedt de bank de mogelijkheid om door verrekening met betalingen ontvangen in de periode na indiening van het akkoord in een betere positie te geraken dan de bank zou zijn geweest ingeval direct het faillissement was aangevraagd.

### **Conclusie**

Zoals hiervoor vermeld zien wij op een aantal punten mogelijkheden voor verbetering van het wetsvoorstel. Dat neemt echter niet weg dat wij positief staan tegenover de introductie van het buitengerechtelijk dwangakkoord als instrument voor herstructurering van bedrijven in financiële moeilijkheden.

### **Vakgroep Litigation & Insolvency AKD**