

Ministerie van Veiligheid en Justitie
Zijne Excellentie de Minister van Veiligheid en Justitie
De weledelgestrengde heer mr. I.W. Opstelten
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

De heer Mr. E. Schmieman
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Veiligheid en Justitie
per e-mail: e.schmieman@minvenj.nl

Rotterdam, 13 november 2014

Zijne Excellentie,
Geachte heer Schmieman,

INSOLAD is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. INSOLAD heeft meer dan 700 leden. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties.

INSOLAD heeft het concept Wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II (hierna "Wetsvoorstel") voorgelegd aan haar leden. Verschillende leden hebben schriftelijk commentaar op het concept Wetsvoorstel aangeleverd. Op 15 oktober 2014 heeft een gezamenlijke bespreking van het concept Wetsvoorstel met circa dertig leden plaatsgevonden. Conclusie van dit overleg is dat INSOLAD positief staat tegenover het concept Wetsvoorstel en van oordeel is dat dit Wetsvoorstel bijdraagt aan de mogelijkheden tot het verbeteren van de continuïteit voor ondernemingen. De voorgestelde akkoordregeling kan ook crediteuren met zekerheidsrechten binden aan het akkoord. Voordelen van het akkoord zijn voorts dat contracten in stand blijven, vergunningen niet opnieuw behoeven te worden aangevraagd en dat kan worden ingegrepen in de wettelijke rangorde van de crediteuren.

Algemene opmerkingen

Alvorens op de specifieke voorgestelde artikelen en de daarbij gegeven Memorie van Toelichting (hierna "MvT") in te gaan, plaatst INSOLAD graag enige algemene kanttekeningen.

1. De bedoeling van het Wetsvoorstel is om het bereiken van een dwangakkoord buiten faillissement te vergemakkelijken. In dat licht bezien is het de vraag of het voor de hand ligt om deze regeling op te nemen in de Faillissementswet. De regeling zou ook kunnen worden opgenomen in het Burgerlijk Wetboek Boek 6 Titel 1 Afdeling 6 "Nakoming van verbintenissen". Het gaat immers om het aanpassen van de inhoud van reeds gesloten overeenkomsten met de schuldenaar.
2. Dit Wetsvoorstel ziet op de situatie van het herstructureren van de balanspositie van een onderneming en op het wijzigen van toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit ten tijde van de aanbieder van het akkoord bestaande rechtsverhoudingen (art. 368 lid 1). Zo kan door middel van een akkoord de huur naar beneden bijgesteld worden (MvT blz. 44-45) Het is de vraag of het wijzigen van dergelijke duurovereenkomsten door middel van het akkoord vaak effectief zal kunnen plaatsvinden, omdat, indien - in het gegeven voorbeeld - de verhuurder tegen het akkoord stemt, de rechtbank niet snel tot het oordeel zal kunnen komen dat aan het criterium van art. 373 lid 2 sub c is voldaan. Anders dan de regelingen voor faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen bevat het voorstel geen regeling met betrekking tot de beëindiging van belangrijke duurovereenkomsten. Deze akkoordregeling zal daarom naar verwachting slechts beperkt soelaas bieden voor het verbeteren van het resultaat van de bedrijfsvoering, behoudens wellicht het verlagen van de rentelasten indien het akkoord wordt aanvaard. Voor ingrijpender herstructureringen zal ook na invoering van de WCOII doorgaans gebruik gemaakt moeten blijven worden van het faillissementsscenario al dan niet in combinatie met een activatransactie.
3. Het lijkt voor de hand te liggen dat een onderneming in financieel zwaar weer eerst zal trachten middels een dwangakkoord buiten faillissement haar schulden te saneren om de bedrijfscontinuïteit veilig te stellen. Mocht dat niet mogelijk zijn, dan staat de onderneming de mogelijkheid van de stille bewindvoering (Wet Continuïteit Ondernemingen I) naar verwachting ten dienste. De voorgestelde Titelindeling als genoemd op blz. 43 MvT lijkt te duiden op een andere volgorde. Om het belang van het dwangakkoord buiten faillissement te onderstrepen en gezien de volgtijdigheid, verdient het aanbeveling om de titels WCO I en WCO II om te ruilen met de regeling voor de stille bewindvoering, dan wel de beide wettelijke regelingen van een andere wetstitel te voorzien.
4. Om te voorkomen dat dit Wetsvoorstel kan leiden tot misbruik door kwaadwillende schuldenaren die proberen eenvoudig verlost te worden van hun verplichtingen jegens concurrente crediteuren, is het raadzaam om tenminste in de MvT hieraan aandacht te besteden.
5. INSOLAD begrijpt dat bij het vaststellen van een liquidatie-uitkering wordt aangeknoopt bij een te verwachten uitkering in geval van een faillissement. De gedachte is immers dat er een liquidatie plaatsvindt indien het akkoord niet wordt aanvaard. Indien een aangeboden uitkering bij het akkoord lager is dan in geval van een faillissement, dan is sprake van een ongeoorloofde onteigening. Dat de bedrijfsvoering gecontinueerd kan worden bij aanvaarding van het dwangakkoord zou ook de bestaande schuldeisers op enigerlei wijze ten goede moeten komen. Dit betekent dat bij het voorleggen van een dwangakkoord ervan uitgegaan moet worden dat de verschillende stakeholders juist meer zouden moeten krijgen dan in een faillissementsscenario wil hun medewerking

buiten rechte kunnen worden afgedwongen. De overblijvende rechten van de bestaande schuldeisers zouden dus wellicht ook gerelateerd moeten worden aan de going concern-waarde van de onderneming na aanvaarding van het (voorgestelde of alternatieve) dwangakkoord en niet gerelateerd moeten worden aan het hypothetische faillissementsscenario. Naar de mening van INSOLAD stellen de voorwaarden van art. 373 lid 2 onder a t/m d derhalve absolute minimumvoorwaarden voor het overrulen van een klasse maar zal de rechter in het algemeen van dat overrulen moeten afzien indien de tegenstemmende crediteurenklasse niet een flink deel van die meerwaarde toucheert. Onder Amerikaans recht en diverse andere stelsels die inspiratie hebben geput uit de Chapter 11 regeling wordt een regeling gehanteerd die inhoudt dat een tegenstemmende klasse slechts overruled kan worden indien alle lager stemmende klassen en de aandeelhouders niet ontvangen of behouden. Deze absolute priority rule bewerkstelligt dat in onderhandelingen tussen de diverse klassen de verdeling van het verschil tussen liquidatiewaarde en going concernwaarde zodanig plaatsvindt en zoveel financiering voor het akkoord wordt verkregen dat alle klassen voorstemmen. De MvT legt niet uit waarom deze absolute priority rule niet wordt ingevoerd en INSOLAD geeft in overweging zulks wel te doen.

6. Blijkens de MvT geldt de voorgestelde regeling voor alle ondernemingen, ongeacht welke activiteiten zij ontplooiën en de rechtsvorm waarin zij worden gedreven, behalve voor natuurlijke personen waarvoor de WSNP zou kunnen gelden. Tegelijkertijd is de voorgestelde wettelijke regeling een combinatie van het dwangakkoord naar Engels recht met de "*scheme of arrangement*" en bepalingen welke geïnspireerd zijn door Chapter 11 van de United States Bankruptcy Code voor kleine en middelgrote ondernemingen.
7. De voorgestelde regeling heeft met de Scheme of Arrangement gemeen dat de procedure in beginsel niet openbaar is, in de zin dat alleen de schuldeisers wier rechten verkort worden bij de procedure betrokken zullen moeten worden. In zoverre verschilt zij ook van de Amerikaanse Chapter 11 regeling die wel openbaar is. Een belangrijk voordeel van zo'n niet openbare procedure is dat het afbreukrisico geringer is. Met name ziet INSOLAD daarom voordelen als het gaat om akkoorden die betrekking hebben op een zeer beperkt aantal schuldeisers. Zo is denkbaar dat het akkoord gebruikt wordt om een aantal financiële schuldeisers tot modificatie van hun rechten te brengen indien een meerderheid van die financiële schuldeisers daar voorstander van is, terwijl de handelscrediteuren ongemoeid blijven. Alleen al de wettelijke mogelijkheid van dit buitengerechtelijk akkoord zal ertoe kunnen leiden dat sneller een oplossing in der minne bereikt wordt.

Samenloop surseance – afkoelingsperiode

8. Het voorstel voorziet niet in een afkoelingsperiode. Schuldeisers blijven bevoegd executiemaatregelen te nemen. Niet alle crediteuren behoeven immers te weten van en betrokken te zijn bij een aangeboden akkoord. Hoewel de inzet van die middelen een akkoord zeer kan frustreren en zelfs onmogelijk maken, is dit een logisch uitvloeisel van de keuze dat de schuldenaar gedurende de akkoordfase volledig bevoegd blijft over zijn vermogen te beschikken zonder enige vorm van toezicht. Aan de andere kant is de oplossing die de MvT voorstelt - waarbij de schuldenaar de voorzieningenrechter om een voorlopige voorziening verzoekt tot een verbod op executiemaatregelen – vaak niet

uitvoerbaar. Veelal zal de tijd ontbreken om tijdig een voorlopige voorziening te krijgen (mede gelet op de korte termijnen voorzien in het voorstel). Bovendien zal de onzekere uitkomst van een procedure bij de voorzieningenrechter een akkoord in de praktijk *de facto* kunnen frustreren. INSOLAD is van mening dat de regeling dient te voorzien in de mogelijkheid van benoeming van een toezichthouder, met name als executiebeperkende maatregelen worden opgelegd.

9. Het voorstel voorziet niet in een bepaling omtrent samenloop van surseance en de akkoordfase. Onder het voorstel blijft de schuldenaar gedurende de akkoordfase bevoegd surseance aan te vragen. Het is nog niet duidelijk hoe het akkoord in surseance zal worden aangepast. Dat zal (mede) onderwerp kunnen zijn van WCO III. Het ligt in de rede dat het akkoord in surseance op dezelfde wijze wordt aangepast als het buitengerechtelijk akkoord.

Voorstel:

- Aanpassen akkoord in surseance en faillissement overeenkomstig buitengerechtelijk akkoord;
- Schuldenaar blijft gedurende akkoordfase bevoegd surseance aan te vragen;
- Bij aanvraag surseance wordt behandeling van een eerder aangeboden akkoord voortgezet.

INSOLAD geeft in overweging om in artikel 371 Fw toe te voegen de mogelijkheid dat een rechter-commissaris of rechtbank (indien geen rechter-commissaris is aangewezen) de bevoegdheid krijgt de schorsing van executiemaatregelen uit te spreken.

Groepsakkoord

10. Het voorstel voorziet naast de toelichting op blz. 48 op artikel 369 lid 3, niet in de mogelijkheid tot het aanbieden van een groepsakkoord (i.e. een akkoord dat ziet op schuldeisers en aandeelhouders van meerdere vennootschappen die tot één groep behoren). Dat is in de praktijk wel gewenst. De mogelijkheid die art. 368 lid 3 biedt om vorderingen van schuldeisers op borgen, medeschuldenaren en garanten in het akkoord te betrekken is onvoldoende om een groepsakkoord te bewerkstelligen. Deze bepaling biedt immers niet de mogelijkheid schuldeisers en aandeelhouders van die partijen (bijvoorbeeld de holding die een art. 2:403 BW verklaring heeft afgegeven) partij te maken bij het akkoord. Hun rechten blijven onveranderd, terwijl zij wel van de verlaging van de vorderingen uit hoofde van borgtocht, hoofdelijkheid c.q. garant profiteren (met een perverse prikkel als gevolg).

Voorstel: Opnemen van de mogelijkheid één akkoord aan te bieden aan de schuldeisers en aandeelhouders / leden van meerdere rechtspersonen die zijn verbonden in één groep met indeling en stemming in klassen per entiteit.

Artikelsgewijs commentaar

Artikel 3c lid 4

INSOLAD onderschrijft het standpunt van de Minister dat bij een buitengerechtelijk (dwang)akkoord niet automatisch een “stille bewindvoerder” hoort. Het voorgestelde akkoord behoeft ook helemaal niet betrekking te hebben op alle crediteuren. Uit het Wetsvoorstel volgt ook niet wat de rechten en verplichtingen van een stille bewindvoerder in dit proces zouden kunnen zijn. Onder omstandigheden kan het ter bescherming van de belangen van de crediteuren wel gewenst zijn dat de rechtbank een “stille bewindvoerder” of deskundige benoemt die oog houdt op de dagelijkse gang van zaken bij de onderneming gedurende de voorbereiden en het behandelen van het akkoordvoorstel.

Op bladzijde 31 MvT wordt vermeld dat voorstelbaar zou kunnen zijn dat de schuldenaar voor bepaalde rechtshandelingen toestemming moet krijgen van de rechter-commissaris. In de situatie dat de behandeling van een ingediend faillissementsrekest wordt geschorst, omdat een akkoord is aangeboden in de zin van lid 1 dan wel reeds is aangenomen in de zin van lid 2, pleegt door de rechtbank geen rechter-commissaris te worden benoemd. Het Wetsvoorstel voorziet niet in de benoeming van een rechter-commissaris in deze situatie, noch laat het zich uit over de wettelijke bevoegdheden die de rechter-commissaris dan tegenover de bestuurder van de schuldenaar zou krijgen. In een faillissement houdt de rechter-commissaris toezicht op de curator. In geval van een surseance van betaling is de bewindvoerder niet gehouden om toestemming te vragen aan de rechter-commissaris voor het meewerken aan rechtshandelingen, zodat zich de situatie dat een bestuurder van een niet failliete rechtspersoon die toestemming van de rechter-commissaris nodig heeft, zich vooralsnog moeilijk laat indenken.

Lid 6 sub a

Het voorgestelde artikel 3c lid 6 Fw verplicht de rechtbank de schorsing van de faillissementsaanvraag op te heffen op verzoek van een schuldeisers wiens vordering gedurende de periode van schorsing “opeisbaar” is geworden en onvoldaan is gebleven. Volgens de MvT ziet dit op (i) schulden die ontstaan gedurende de akkoordfase en (ii) nieuwe operationele schulden die gedurende de akkoordfase zijn ontstaan. De bewoordingen in het Wetsvoorstel omvatten echter ook schulden die al bestonden voordat het akkoord werd aangeboden maar welke schulden pas daarna (door tijdsverloop) opeisbaar zijn geworden. Het lijkt niet voor de hand te liggen het niet betalen van deze “oude” schulden die reeds voor het aanbieden van het akkoord zijn ontstaan maar eerst opeisbaar zijn geworden na aanbieding van het akkoord ook onder het bereik van lid 6 te brengen.

INSOLAD stelt voor dat artikel 3c lid 6 Fw wordt beperkt tot vorderingen die zijn ontstaan gedurende de periode van schorsing, daaronder mede begrepen vorderingen die ontstaan uit een overeenkomst waaruit voortdurende verplichtingen van de schuldenaar voortvloeien, voor zover die betrekking hebben op de periode van de schorsing (zoals huurovereenkomsten, arbeidsovereenkomsten en verplichtingen tot betaling van rente uit hoofde van geldlening).

In dit verband wijst INSOLAD erop dat het aanbieden van een akkoord de contractuele gronden voor opeising c.q. beëindiging van de financiering veelal onverlet laat. Veel

contracten (zie bijvoorbeeld het LMA-format) voorzien in een contractuele bevoegdheid om de financiering op te eisen dan wel te beëindigen in het geval dat de wederpartij een buitengerechtelijk akkoord aanbiedt. Vervroegde opeising van bijvoorbeeld een lening dan wel beëindiging (van bijvoorbeeld een huurovereenkomst) gedurende de akkoordfase kan echter een direct gevaar opleveren voor de continuïteit en daarmee een akkoord de facto onmogelijk maken. In geval van een dergelijke contractsbepaling heeft de betreffende schuldeiser een onevenredige machtspositie.

INSOLAD stelt voor een bepaling op te nemen die vervroegde opeising dan wel beëindiging van een overeenkomst op de enkele grond dat een akkoord is aangeboden uitsluit dan wel de mogelijkheid opent dat de rechter aldus beslist. Een andere mogelijkheid is dat de rechter in een dergelijke situatie een executieverbod oplegt. Ook kan in het aan te bieden akkoord bepaald worden dat bestaande leningen en leningsvoorwaarden worden aangepast waardoor vervroegde opeising onmogelijk wordt.

De bevoegdheid tot vervroegde opeising dan wel beëindiging op andere gronden, bijvoorbeeld omdat de schuldenaar betalingsverplichtingen voorafgaande of gedurende de akkoordfase niet nakomt, dient te blijven bestaan.

Nieuw artikel 42a, artikel 47 en artikel 54 Fw

Het nieuw voorgestelde artikel 42a gaat ervan uit dat de onderneming tijdens de behandeling van het akkoord niet aan haar lopende verplichtingen kan voldoen zonder het aantrekken van aanvullende (bank)financiering, waar tegenover dan ook zekerheden door de schuldenaar moeten worden gegeven. Dit duidt op een verliessituatie hangende het aanbieden van het akkoord. In het Engelse “*scheme of arrangement*”-systeem worden de handelscrediteuren juist volledig doorbetaald en heeft het “*scheme of arrangement*” doorgaans alleen gevolgen voor de banken en eventueel de aandeelhouders in geval van een “*debt for equity swap*”. De situatie dat een bank een aanvullend krediet moet verlenen waar tegenover aanvullende zekerheden moeten worden verstrekt hangende de behandeling van het akkoord waarbij het akkoord uiteindelijk niet wordt aangenomen en de onderneming faillieert, zal in Engeland en Wales in de praktijk niet vaak voorkomen. Het opnemen van dit artikel duidt er al op dat de wetgever ervan uitgaat dat in Nederland ook verlieslijdende ondernemingen van deze dwangakkoordregeling buiten faillissement gebruik zullen gaan maken of althans ondernemingen die hangende de akkoordprocedure in liquiditeitsnood verkeren. Als de verliezen veroorzaakt worden door zware financieringslasten kan een akkoord een oplossing bieden. Dan is er echter niet snel behoefte aan aanvullende financiering van banken voor het betalen van niet-gesecureerde crediteuren tijdens de behandeling van het aan te bieden akkoord.

INSOLAD begrijpt niet goed wat bedoeld wordt met de woorden “het geven van garantie voor schulden” in het voorgestelde lid 1 van artikel 42a Fw. Een schuldenaar kan geen garantie geven voor het betalen van zijn eigen schuld. Als hier bedoeld wordt een garantie verstrekt door een bank jegens crediteuren van de schuldenaar, behoeft artikel 42 Fw hiervoor geen aanvulling.

In de Memorie van Toelichting wordt op dit concrete tekstvoorstel geen toelichting gegeven.

De uitzonderingen op de actio pauliana als bedoeld in het nieuwe artikel 42a Fw dienen beperkt te worden tot schulden die ontstaan uit (1) het aanbieden van het akkoord en (2) rechtshandelingen van de schuldenaar aangegaan na aanbieding van het akkoord.

INSOLAD is van mening dat het verstrekken van zekerheden tijdens de akkoordprocedure aan toezicht onderworpen dient te zijn waarbij als criterium zou moeten gelden dat geen benadeling van crediteuren verwacht wordt.

De zekerheden die op de voet van art. 42a Fw worden verstrekt mogen niet tevens dienen als zekerheid voor schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen die zijn verricht voordat het akkoord werd aangeboden. Aldus wordt gewaarborgd dat, indien de tegen deze zekerheden verstrekte lening kleiner is dan de waarde van die zekerheden, de overwaarde vrijvalt. Overigens is ook mogelijk dat reeds eerder verstrekte zekerheden worden doorverbonden voor de nieuwe schuld. In dat geval dient volgens INSOLAD de hiervoor genoemde toetsing eveneens plaats te vinden.

Het Wetsvoorstel en de MvT gaan bij artikel 42a en 47 Fw niet in op de vraag wat ter zake van de verstrekking van aanvullende zekerheden dient te gelden indien het aangeboden akkoord niet wordt aanvaard of niet door de rechtbank wordt gehomologeerd of anderszins niet tot stand komt. Naar de mening van INSOLAD dient artikel 42a Fw in die situatie niet te gelden tenzij de bank de aanvullende financiering reeds heeft verstrekt.

Het lijkt goed om in de Memorie van Toelichting, naast het schema op blz 24 van de Memorie van Toelichting, op te merken dat de voorgestelde uitzondering op artikel 54 Fw alleen geldt als er door de bank verrekening plaatsvindt met nieuw geld dat beschikbaar is gesteld tijdens of ten behoeve van de akkoordperiode.

Artikel 368

Uit blz. 44 MvT volgt dat met de formulering "ter herstructurering van zijn schulden" ook het aanpassen van toekomstige verplichtingen die voortvloeien uit ten tijde van de aanbieding van het akkoord bestaande rechtsverhoudingen worden bedoeld. Daarbij wordt dan bijvoorbeeld verwezen naar de huur van een kantoorpand waarbij de huur naar beneden moet worden bijgesteld.

Hoewel INSOLAD sympathie heeft voor deze gedachte, kan worden opgemerkt dat hierdoor de rechtszekerheid van gesloten overeenkomsten met betrekking tot toekomstige verplichtingen tussen contractspartijen in het gedrang komt. INSOLAD zou het op prijs stellen wanneer in de Memorie van Toelichting de reikwijdte van volgens de wetgever door te voeren aanpassingen van toekomstige verplichtingen uit bestaande overeenkomsten nader wordt uitgewerkt en met voorbeelden wordt toegelicht. Gaat het alleen om een lagere huurprijs of gaat het ook om het bekorten van de huurtermijn? Gaat het ook om het terugbrengen van het aantal gehuurde m²?

De geboden bescherming als vermeld in de MvT dat de betreffende schuldeisers in een aparte klasse kunnen worden ondergebracht die tegen het akkoord kan stemmen of dat de rechter later tot het oordeel kan komen dat de belangen van deze schuldeisers door toewijzing van het verzoek tot algemeen verbindendverklaring van het akkoord onevenredig worden geschaad, acht INSOLAD te summier. Hierbij wordt de rechter wel heel veel vrijheid gegeven om reeds gesloten overeenkomsten aan te passen zonder dat voor de betreffende crediteuren adequate "deal certainty" in het gehele proces is gewaarborgd. Bedacht moet worden dat een verhuurder er baat bij kan hebben als in faillissement de huurovereenkomst wordt beëindigd, omdat hij het object dan aan een wel betalende huurder kan verhuren.

Artikel 368 Lid 2

Uit de slotalinea van de Toelichting op artikel 369 lid 2 volgt dat de wetgever de mogelijkheid van het aanbieden van concurrerende akkoorden door schuldeisers mogelijk acht. INSOLAD is geen voorstander van het mogen aanbieden van concurrerende akkoorden door schuldeisers. Deze mogelijkheid komt de efficiëntie van de voorgestelde wettelijke regeling niet ten goede. Het is voorts onduidelijk hoe crediteuren gerechtigd kunnen zijn (voor te stellen) om in te grijpen in de eigendomsrechten van andere crediteuren van de schuldenaar.

Lid 9

Uit dit lid en de Toelichting op blz. 53 MvT volgt dat het akkoord niet de wijziging van een arbeidsovereenkomst kan inhouden en dat het daartoe bestemde traject zal dienen plaats te vinden op basis van de regelgeving in de Wet Werk en Zekerheid.

INSOLAD heeft er begrip voor dat de wetgever de belangen van de werknemers anders weegt dan de belangen van de overige contractspartijen van de debiteur. Daarbij speelt mee dat het buitengerechtigd akkoord door een schuldenaar kan worden aangeboden zonder voorafgaand rechterlijk toezicht.

Artikel 369 lid 2

Het Wetsvoorstel kent aan de aanbieder van het akkoord veel vrijheid zonder rechterlijke controle toe. Zo kan de aanbieder zelf bepalen welke klassen van de schuldeisers en aandeelhouders worden onderscheiden. De rechter komt er pas aan te pas bij geschillen op het moment dat over het akkoord moet worden gestemd en bij de homologatie van het akkoord. Ter vermijding van langdurige procedures over de wijze waarop de klassen moeten worden gevormd, beslissingen waartegen naar het oordeel van INSOLAD hoger beroep en cassatie moet openstaan, verdient het volgens INSOLAD de voorkeur wanneer reeds na deponering van het akkoord op verzoek van schuldenaar of schuldeisers een rechter-commissaris kan worden aangewezen die reeds in die fase een uitspraak doet over de wijze waarop de klassen van schuldeisers en aandeelhouders zijn gevormd. Deze rechter-commissaris kan dan ook beslissingen nemen omtrent de vraag wie mag stemmen en hoe de stemprocedure zal verlopen. Het is onwenselijk dat eerst na de stemming een rechterlijke beoordeling van de klasse-indeling plaatsvindt, omdat dan de uitslag van de stemming het rechterlijk oordeel omtrent de klasse-indeling kan beïnvloeden.

Uit het Wetsvoorstel en de MvT volgt niet of leningen verstrekt door aandeelhouders beschouwd dienen te worden als concurrente vorderingen of als achtergestelde vorderingen. Hierover bestaat in de praktijk nog wel eens discussie, mede omdat veelal fiscaalrechtelijk wordt geoordeeld dat leningen van aandeelhouders als achtergestelde vorderingen dienen te worden gekwalificeerd. Omdat voorstelbaar is dat aandeelhouders met verstrekte leningen de gewone handelscrediteuren ver kunnen overtreffen met hun vorderingen en daarmee de stemming in een bepaalde klasse kunnen beïnvloeden, verdient het aanbeveling wanneer de wetgever hieraan in de MvT nadere aandacht besteedt. Met name is van belang dat uitgesproken wordt dat aandeelhouders niet in dezelfde klasse ingedeeld dienen te worden als gewone crediteuren, omdat hun belangen niet parallel lopen.

Artikel 370 lid 2

Ter voorkoming van fraude lijkt het INSOLAD wenselijk dat van (de bestuurder van) de schuldenaar wordt verlangd dat hij persoonlijk een verklaring omtrent de juistheid en de volledigheid van de door hem verschafte informatie voegt bij het akkoordvoorstel. Bij een rechtspersoon die niet aan de verplichtingen uit de artikelen 2:10 of 2:394 BW heeft voldaan, dient een algemeen verbindendverklaring op de voet van artikel 373 lid 3 sub c Fw geweigerd te worden. INSOLAD is van mening dat dit uitgangspunt uitdrukkelijk in de MvT vermeld zou dienen te worden.

Artikel 370 lid 2 sub c

INSOLAD acht de gekozen formulering “de waardering indien en voor zover relevant” in combinatie met de gegeven toelichting op dit lid niet voldoende. INSOLAD verwacht dat hierover veel discussie in de praktijk kan gaan ontstaan. Crediteuren kunnen zich alleen een goed beeld vormen over de verhaalbaarheid van hun vordering indien er altijd sprake is van een waardering van activa van de onderneming. INSOLAD is van oordeel dat niet volstaan kan worden met slechts een waardering van activa tegen liquidatiewaarde – als ware het een faillissement – maar dat mede uitgegaan dient te worden van een going concern-situatie na implementatie van de maatregelen welke volgen uit het voorgestelde akkoord. Over de criteria waaraan de waardering van activa dient te voldoen vermeldt de MvT helaas niets. De MvT vermeldt ook niet welke eisen gesteld moeten worden aan de deskundigheid van degene die de waardering van activa opstelt. Indien het om grotere ondernemingen of zelfstandige delen van ondernemingen gaat, zal dat in veel gevallen de accountant van de aanbieder van het akkoord zijn. Daarbij is dan van belang dat deze accountant dezelfde waarderingsgrondslagen voor de activa hanteert als die gehanteerd zijn bij het opstellen van de eerdere jaarrekeningen, tenzij gemotiveerd wordt aangegeven waarom de waarderingsgrondslagen anders dienen te zijn.

In de Toelichting wordt ook niet de mogelijkheid genoemd dat crediteuren de aanbieder van het akkoord of de rechter-commissaris verzoeken om een “second opinion” ter zake van de waardering van de activa. INSOLAD verwacht dat het draagvlak voor het aan te bieden akkoord zal toenemen indien de crediteuren het recht krijgen een second opinion ter zake van de voorgelegde waardering op kosten van de aanbieder van het akkoord te laten vervaardigen.

Artikel 370 lid 3

De voor te leggen gegevens betreffen steeds historische gegevens. Het is echter van belang dat de crediteuren en eventuele nieuwe aandeelhouders kunnen beoordelen wat de ontwikkelingen bij de rechtspersoon zullen zijn na implementatie van het voorgestelde akkoord. Dit betekent dat bij de voor te leggen financiële gegevens ook een business plan en een reële begroting inclusief geprognostiseerde verlies- en winstrekening voor tenminste twee jaren vanaf de verwachte datum van homologatie van het akkoord worden verstrekt aan de crediteuren (en aandeelhouders).

Artikel 370 lid 3 sub g en j

Het Wetsvoorstel en de MvT gaan niet uit van het verstrekken van een door de aandeelhouders vastgestelde jaarrekening over de laatste twee boekjaren. Voor crediteuren en eventueel toekomstige aandeelhouders zijn niet zozeer de opgemaakte jaarrekeningen van belang als wel de vastgestelde jaarrekeningen zodat beoordeeld kan worden of de aandeelhouders hebben ingestemd met de door de bestuurders opgemaakte jaarrekening en of aan de bestuurders decharge is verleend voor het tot dan toe gevoerde beleid. Wanneer de jaarrekening wel is opgemaakt maar door de aandeelhouders niet is vastgesteld, kan dat voor de crediteuren waardevolle informatie zijn.

Artikel 371

INSOLAD adviseert het bereik van het voorgestelde artikel 371 te verruimen. Dit artikel zou niet alleen moeten zien op geschillen over waardering, klasse-indeling en stemming, maar het ook mogelijk moeten maken om (door de deskundige van lid 4) onafhankelijk onderzoek te doen naar:

- a) De vraag of er sprake is van één of meer weigeringsgronden als bedoeld in artikel 373 lid 3 Fw en,
- b) De volledigheid en juistheid van de door de schuldenaar verstrekte informatie en,
- c) De rechtmatigheid van het voorgelegde akkoord en de stemming daarover.

De deskundige als genoemd in lid 4 zou te allen tijde de boeken, bescheiden en andere gegevensdragers, op de onderneming van de schuldenaar betrekking hebbende, moeten kunnen raadplegen. De schuldenaar is verplicht aan de deskundige alle van hem verlangde inlichtingen te verstrekken.

Dergelijke bepalingen hebben tot doel om de mogelijke misbruik bij het voorleggen van een akkoord door een schuldenaar te voorkomen door meer onderzoek naar het ontstaan en aanwezigheid van schulden en verplichtingen en de omvang van nog aanwezige activa mogelijk te maken. Van het opnemen van dergelijke bepalingen mag volgens INSOLAD een preventieve werking worden verwacht.

Artikel 372 lid 3 sub a

Uit artikel 372 lid 2 volgt dat een voorgesteld akkoord is aangenomen indien alle klassen van stemgerechtigde schuldeisers en aandeelhouders ermee hebben ingestemd. Lid 3 bepaalt hoe de meerderheid van vóórstemmers wordt bepaald per klasse. Per saldo ontstaat zo de mogelijkheid dat een specifieke groep kleine schuldeisers de aanname van een akkoord blokkeert, terwijl deze maar een klein gedeelte van de totale schulden dan wel aandelen die zijn vertegenwoordigd ter vergadering vormen. Terecht uitgangspunt van het voorstel is dat de regeling van het akkoord moet aansluiten op de economische werkelijkheid. Het "*head count*" vereiste is daarmee in strijd.

De mogelijkheid bestaat dat een stemuitslag op voorhand wordt gemanipuleerd door het overdragen van vorderingen en/of aandelen voorafgaande aan de stemming, het zogenaamde "*vote splitting*". In de UK wordt onder academici om deze redenen voorgesteld het "*head count*" vereiste te schrappen (zie O'Dea, Long and Smyth, Schemes of Arrangements, pagina 6). INSOLAD geeft in overweging om lid 3 sub a te schrappen.

INSOLAD stelt voor om in dit artikel de mogelijkheid op te nemen van een “*voting record date*” waarmee wordt bepaald wie stemgerechtigd zal zijn bij de stemming over het akkoord.

Artikel 373 lid 2

Anders dan in andere rechtstelsels wordt hier ten aanzien van de “cramdown procedure” niet de “absolute priority rule” gehanteerd. Onder “cramdown” wordt hier verstaan het overrulen van een tegenstemmende klasse van schuldeisers of aandeelhouders. INSOLAD is van mening dat geen “cramdown” behoort plaats te vinden als een klasse van crediteuren tegenstemt en een lager gerangschikte klasse van crediteuren of aandeelhouders onder de regels van het akkoord een uitkering ontvangt of waarde behoudt, tenzij zulks gebeurt als tegenprestatie voor nieuwe financiering.

sub a

Uit de Memorie van Toelichting volgt niet of schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht op zaken welke zich buiten Nederland bevinden al dan niet in deze klasse moeten worden opgenomen, dan wel een separate klasse zouden moeten vormen.

Artikel 376 lid 1

Het aanschrijven van crediteuren en aandeelhouders door de verzoeker bij gewone brief is niet een erg moderne methode. In de praktijk vindt correspondentie met crediteuren veelal plaats per e-mail. Mede vanwege de korte termijn van acht dagen waarop de behandeling van het akkoord volgens het wetsvoorstel kan plaatsvinden, verdient het aanschrijven van crediteuren per e-mail tezamen met het aanschrijven per gewone post, de voorkeur. Dit geldt zeker ten opzichte van crediteuren en aandeelhouders die in het buitenland zijn gevestigd.

Artikel 378

De bevoegdheid van de rechtbank tot aanpassing en aanvulling van een akkoord in het kader van een procedure ex artikel 374 Fw moet beperkt zijn tot (i) de correctie van kennelijke fouten en mislagen, en (ii) het opnemen van voorwaarden ter bescherming van schuldeisers en aandeelhouders die door het akkoord worden getroffen. De bevoegdheid moet niet omvatten de wijziging van de inhoud van het akkoord die een economische impact heeft op de positie van de partijen die onderwerp zijn van het akkoord. In dat geval zou immers een nieuwe stemming moeten plaatsvinden. In dat verband wordt ook verwezen naar O’Dea, Long and Smyth, Schemes of Arrangements, pagina 58 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

Samenloop met Wetboek van Strafrecht

In artikel 345 Sr wordt het “aangeboden gerechtelijk akkoord” behandeld waarbij de schuldeiser bijzondere voordelen heeft bedongen. Het verdient de voorkeur wanneer uit de Memorie van Toelichting expliciet zou volgen dat een algemeen verbindend verklaard dwangakkoord buiten faillissement niet valt onder artikel 345 Sr.

Secretariaat:
Mr J.G. Princen
Postbus 711
3000 AS ROTTERDAM
T. 010-4406442
F. 010-4406433
E. j.princen@ploum.nl
KvK nr. 40482067
Bankrekeningnr. 53.79.41.290

INSOLAD hoopt dat het Ministerie haar advies kan gebruiken en is benieuwd naar de tekst van het uiteindelijk Wetsvoorstel met bijbehorende Memorie van Toelichting.

INSOLAD verzoekt u haar advies op de website van het Ministerie te plaatsen.

Hoogachtend,



Jeroen G. Princen
Secretaris INSOLAD