

Van: *Adviescommissie insolventierecht*

Datum: 12 december 2014

Betreft: Wetsvoorstel Dwangakkoord buiten Faillissement (Wet Continuïteit Ondernemingen II)

Inleiding

De Commissie juicht het toe dat het buitengerechtelijk dwangakkoord (hierna ook: het Preventief Akkoord) wettelijk geregeld wordt. Zoals in de Memorie van Toelichting wordt opgemerkt bestaat in de praktijk de behoefte om de mogelijkheid te hebben de macht te breken van individuele schuldeisers die weigeren mee te werken aan een redelijke oplossing van de financiële problemen van hun schuldenaar, en om aldus te voorkomen dat slechts enkele onwillige schuldeisers de schuldenaar kunnen dwingen surseance of faillissement aan te vragen, met alle nadelige consequenties voor de onderneming van de schuldenaar en de gezamenlijke schuldeisers van dien.

De voorgestelde regeling is complex. Dit heeft onder meer te maken met het feit dat de regeling niet in ingebed in een insolventieprocedure zodat afzonderlijke voorzieningen moeten worden getroffen om een ordelijk verloop van de procedure zoveel mogelijk te waarborgen en de belangen van betrokkenen zoveel mogelijk te beschermen. Mede vanwege de complexiteit van de regeling en de kosten van juridische bijstand die voor het gebruikmaken ervan zullen moeten worden gemaakt, zullen mkb-bedrijven vermoedelijk minder gebruik van de regeling maken. Dat laatste hangt overigens ook samen met de aard van de problemen waarmee de meeste mkb-bedrijven met financiële problemen te kampen hebben. Veelal is sprake van een combinatie van factoren waarin de onmogelijkheid om tijdig kosten – met name ook personeelskosten - te saneren een belangrijke is. Die problemen kunnen niet worden opgelost door het aanbieden van een Preventief Akkoord. De Commissie verwacht dan ook dat niet zozeer het mkb, maar met name grotere en/of internationaal opererende ondernemingen die (mede) gefinancierd worden door een multinationaal syndicaat van banken (waarvan er één of enkelen onwillig zijn om in te stemmen met een akkoord waar de meerderheid voor is) en/of door obligatiehouders of soortgelijke investeerders, gebruik zullen maken van de nieuwe regeling.

Het Preventief Akkoord kent een ander systeem en andere stemverhoudingen dan het dwangakkoord in surseance van betaling en in faillissement (hierna ook: het Insolventie Akkoord). Zo biedt het Preventief Akkoord de mogelijkheid dat schuldeisers een akkoord aanbieden wanneer de schuldenaar dat nalaat en de mogelijkheid ook aandeelhouders aan een akkoord te binden. Verder vindt een indeling van (alle of bepaalde) schuldeisers en/of aandeelhouders in verschillende “klassen” plaats met de mogelijkheid voor elke klasse andere rechtsgevolgen aan het akkoord te verbinden. Alle klassen moeten in beginsel met een gekwalificeerde meerderheid vóór het akkoord stemmen, waarbij een afwijzing onder bepaalde voorwaarden door de rechter kan worden overruled. Het Insolventie Akkoord is veel beperkter en bindt alleen de concurrente (en daarbij in rang achtergestelde) schuldeisers, waarbij een meerderheid van 50% van de betrokken schuldeisers die meer dan 50% van de betrokken schuldenlast vertegenwoordigen voldoende is. De mogelijkheid dat een door de schuldeisers afgestemd Insolventie Akkoord door een beslissing van de rechter alsnog van kracht wordt is aanzienlijk beperkter.

In de Memorie van Toelichting (MvT) wordt niet toegelicht welke mogelijk ongewenste effecten worden verwacht van deze verschillen. Zo is denkbaar dat in het geval een schuldeiser aan de schuldenaar vraagt om een Preventief Akkoord aan te bieden, de schuldenaar daarop reageert met het aanvragen van surseance van betaling. De schuldenaar kan daarmee bijvoorbeeld bewerkstelligen dat alleen hij nog een dwangakkoord kan aanbieden of voorkomen dat er een akkoord wordt aangenomen waarin de rechten van aandeelhouders worden gekort. De redenen die in de MvT worden aangevoerd om de mogelijkheden van het bewerkstelligen van een buitengerechtelijk dwangakkoord en de reikwijdte daarvan te vergroten, gelden evenzeer voor een gerechtelijk dwangakkoord. De Commissie beveelt daarom aan de regeling voor het Insolventie Akkoord gelijk te trekken met die voor het Preventief Akkoord. Zij begrijpt overigens dat het voornemen bestaat om dat te doen in het kader van de Wet Continuïteit Ondernemingen III.

In dit verband beveelt de Commissie verder aan om het wettelijk ook mogelijk te maken dat een schuldeiser voor zijn schuldenaar uitstel van betaling aanvraagt, indien de schuldenaar nalatig blijft om dat te doen, terwijl wel aan de voorwaarden daarvoor is voldaan. Wanneer zowel aan het ene eind van het spectrum van insolventieprocedures (het Preventief Akkoord) als aan het andere eind (het faillissement) de schuldenaar en de schuldeiser beiden de bevoegdheid hebben om toepassing van de desbetreffende procedure te vragen, bestaat er niet langer een reden om die bevoegdheid in het “midden” (surseance van betaling) aan de schuldeiser te onthouden. Op die manier wordt tevens bevorderd dat de schuldenaar niet te lang wacht om de mogelijkheden tot reorganisatie van de onderneming te benutten.¹

Een meer algemeen punt van aandacht ziet de Commissie in de vraag of de behandeling van dwangakkoorden niet bij één rechtbank moet worden geconcentreerd. Een akkoord is maatwerk en vraagt daarmee bijzondere kennis en ervaring van de rechter-commissaris en de rechtbank bij het vervullen van de rol die het voorstel aan de totstandkoming ervan aan hen toekent. Een concentratie bij één rechtbank maakt het mogelijk de aanwezigheid van die kennis en ervaring maximaal te waarborgen. Verder is het gevaar groot dat juist vanwege de grote beoordelingsruimte die het voorstel aan de rechter-commissaris en de rechtbank geeft, zich bij de verschillende rechtbanken een verschillend en misschien niet altijd even helder beleid gaat ontwikkelen. De kans van slagen van een Preventief Akkoord en de effectiviteit ervan hangt voor een belangrijk deel af van de voorspelbaarheid van de beoordeling ervan door de rechter. Bij een concentratie van de behandeling bij één rechtbank zal het veel gemakkelijker zijn een consistent en helder beleid te voeren waardoor de voorspelbaarheid van de beoordeling van het akkoord aanmerkelijk wordt vergroot.

Hierna volgen opmerkingen over afzonderlijke bepalingen van het voorstel. Daarbij wordt opgemerkt dat louter ter wille van de leesbaarheid vaak uitsluitend over schuldeisers wordt gesproken. De Commissie realiseert zich uiteraard dat het voorstel mede op de positie van aandeelhouders ziet.

¹ Zie B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispen, “Voorstellen tot verbetering van de surseance en het akkoord”, in “Overeenkomsten en Insolventie”, red. N.E.D. Faber, J.J. van Hees en N.S.G.J. Vermunt, Kluwer 2012, p. 313.

Artikel 3c

Artikel 3c leden 1 t/m 3

De Commissie kan zich vinden in de opzet en inhoud van de leden 1 t/m 3. De mogelijkheid van misbruik van de regeling doordat een schuldenaar tegen wie een verzoek tot faillietverklaring is ingediend of dreigt te worden ingediend een akkoord aanbiedt louter om te verhinderen dat zijn faillissement wordt uitgesproken, kan niet geheel worden uitgesloten. De rechter wordt mede om die reden terecht een discretionaire bevoegdheid toegekend (“kan”). Dit komt tevens tegemoet aan de grote variëteit van gevallen die zich in de praktijk kan voordoen. Daarnaast bevatten de leden 1 t/m 3 telkens nog uitzonderingen op de hoofdregel dat bij aanbieding van een verzoek tot faillietverklaring geschorst wordt (namelijk in geval zich de betreffende gegronde of zwaarwichtige redenen voordoen) die de rechter de mogelijkheid bieden van die hoofdregel af te wijken indien daartoe in de concrete omstandigheden van het geval aanleiding bestaat.

Artikel 3c lid 4

Met betrekking tot lid 4 vraagt de Commissie zich af of deze bepaling louter doelt op voorzieningen die ingrijpen in het beheer door de schuldenaar over zijn goederen – de toelichting noemt als voorbeeld de voorziening dat de schuldenaar voor bepaalde rechtshandelingen toestemming moet krijgen van de rechter-commissaris (die moet dan overigens wel zijn benoemd) – of dat het ook kan gaan om voorzieningen die ingrijpen in de rechten van de schuldeisers, zoals het gelasten van een afkoelingsperiode vergelijkbaar met die van art. 63a en 241a Fw. Aan dat laatste kan behoefte bestaan omdat het risico bestaat dat zodra schuldeisers met zekerheidsrechten van de aanbieder van het akkoord vernemen, die zekerheidsrechten zullen gaan uitoefenen. Anderzijds schept de toepassing van een afkoelingsperiode zonder betrokkenheid van een bewindvoerder of curator die in het belang van de schuldeisers toeziet op een goede gang van zaken tijdens die periode, een verhoogd risico voor met name de schuldeisers met zekerheidsrechten. Dat laatste argument zou naar het oordeel van de Commissie het zwaarst moeten wegen. Het is dus aan de schuldenaar om voorafgaande aan de aanbieder van een akkoord met de belangrijkste zekerheidsgerechtigden tot overeenstemming te komen over voortdurend ge- of verbruik van de betreffende goederen in de periode na de aanbieder van het akkoord. Het verdient aanbeveling dat de wetgever op dit punt duidelijkheid verschaft.

Artikel 3c lid 6

Meer in het algemeen lijkt van belang op te merken dat de regeling er van uit gaat dat het akkoord slechts kan gelden ten aanzien van schulden (en aandelen?) die reeds ten tijde van het aanbieden van het akkoord bestonden dan wel (rechtstreeks?) zijn voortgevloeid uit een rechtsverhouding die op dat moment reeds bestond. Vergelijk ook art. 373 lid 4 van het voorstel. Hieruit volgt naar de mening van de Commissie dat het in lid 6 onder a bedoelde verzoek slechts moet kunnen worden gedaan door een onbetaald gebleven schuldeiser wiens vordering ten tijde van het aanbieden van het akkoord nog absoluut toekomstig was en pas na dat moment is ontstaan en opeisbaar is geworden. De MvT noemt dit criterium wel, maar in de tekst van de bepaling is dit ten onrechte niet verwerkt.

Men kan zich afvragen wat de status dient te zijn van dergelijke onvoldaan gebleven vorderingen indien het faillissement van de schuldenaar volgt. Als hierover verder niets bepaald wordt, kwalificeren dergelijke vorderingen als concurrente pre-faillissementsvorderingen. Bij een aan het

faillissement voorafgaande surseance van betaling bevat de wet wel een uitdrukkelijke bepaling op dit punt: boedelschulden die gedurende de surseance zijn ontstaan, gelden ook in het opvolgende faillissement als boedelschulden (zie art. 249 sub 3 Fw). Duidelijk is dat schulden die na aanbidding van het akkoord ten behoeve van de voortzetting van de onderneming gemaakt worden, een andere status hebben dan schulden die ten tijde van de aanbidding van het akkoord reeds bestonden. Zij dienen, anders dan de “akkoord-schulden”, immers integraal betaald te worden zodra zij opeisbaar zijn geworden en dat verklaart ook waarom – als de schuldenaar daar geen zorg voor draagt – slechts door de betreffende schuldeisers, en niet door de “akkoord-schuldeisers”, onverwijld opheffing van de schorsing van het verzoek tot faillietverklaring verzocht kan worden. Als de na de aanbidding van het akkoord aangegane schulden niet betaald worden terwijl de daartegenover staande prestatie van de schuldeiser wel ten goede komt aan de gezamenlijke “akkoord-schuldeisers”, kan men zich afvragen of het wel redelijk is dat, indien een faillissement volgt, die schuldeiser niettemin op gelijke voet behandeld zou worden als de “akkoord-schuldeisers”. De Commissie ziet echter een dogmatische bezwaar tegen het kwalificeren van schulden van de latere failliet als boedelschulden, terwijl die schulden niet, zoals bij surseance, zijn aangegaan onder toezicht en medeverantwoordelijkheid van een onafhankelijke, door de rechtbank benoemde functionaris. Hoewel er dus zeker argumenten zijn die steun bieden aan de gedachte om een speciale regeling op te nemen voor de niet-voldane vorderingen van nieuwe schuldeisers indien de schuldenaar onverhoopt failliet gaat, dient het genoemde bezwaar tegen een regeling waarin die nieuwe schulden – analoog aan art. 249 sub 4 Fw - in een opvolgend faillissement als boedelschulden worden aangemerkt, naar het oordeel van de Commissie toch zwaarder te wegen.

Artikelen 42a en 54

De Commissie onderschrijft dat onnodige drempels voor banken om na de aanbidding van het akkoord nieuwe financiering aan de schuldenaar te verstrekken waartegenover nieuwe zekerheden staan (waarvan de gedachte is dat alle “akkoord-schuldeisers” daarmee gebaat zijn), moeten worden weggenomen. Rechtszekerheid is in dit kader belangrijk en art. 42a beoogt die te bieden. De geboden bescherming is alleen op haar plaats als sprake is van “nieuw” geld. Wat dat betreft is het systeem van het huidige art. 42a niet geheel sluitend. Een voorbeeld moge dit verduidelijken.

Stel dat een schuldenaar een rekening-courant krediet bij een bank heeft met een limiet van € 1 miljoen. Na aanbidding van het akkoord wordt nieuwe zekerheid aan de bank verstrekt voor alle vanaf dat moment ontstane schulden. Vervolgens wordt € 250.000,= op de rekening bijgeschreven. Het betreft een betaling ter zake van een niet aan de bank verpande vordering (bijvoorbeeld omdat sprake was van een verpandingsverbod). De rekening-courant-schuld loopt daardoor terug tot € 750.000,=. Vervolgens wordt door de schuldenaar € 250.000,= onder het krediet getrokken zodat de stand van de rekening weer gelijk is aan de limiet van € 1 miljoen. Die nieuwe schuld van € 250.000,= kan verhaald worden onder de nieuwe zekerheid omdat deze schuld ontstaan is na de aanbidding van het akkoord. Er is echter per saldo geen sprake van “nieuw” geld ten opzichte van de uitgangssituatie. Als dit niettemin mogelijk zou zijn, profiteert de bank van haar positie als intermediair in het betalingsverkeer, want de verrekening van de ontvangst van € 250.000,= kan op grond van het nieuwe art. 54 niet worden aangetast als de schuldenaar later alsnog failliet gaat. Die consequentie is onwenselijk en de bepaling zou hierop aangepast moeten worden door op te nemen dat art. 42a alleen geldt indien en voor zover degene aan wie nieuwe zekerheid verschaft wordt, als gevolg daarvan niet bevoordeeld wordt ten opzichte van de situatie waarin diegene verkeerde ten tijde van de aanbidding van het akkoord.

Een toevoeging van gelijke strekking is op haar plaats in art. 54 lid 3 en 4: de verrekening kan in de daar bedoelde situatie niet worden aangetast indien en voor zover als gevolg van de verrekening geen bevoordeling van de bank plaatsvindt ten opzichte van de situatie waarin zij verkeerde ten tijde van de aanbidding van het akkoord. Dat een dergelijke toevoeging noodzakelijk is wordt direct duidelijk indien men voor ogen houdt de situatie waarin sprake is van een ongedekte rekening-courant schuld, die na de aanbidding van het akkoord geheel wordt ingelost door betaling op niet aan de bank verpande vorderingen via de rekening die de schuldenaar bij de bank aanhoudt. De bank springt er als enige concurrente schuldeiser dan geheel uit als de schuldenaar alsnog failliet gaat, louter omdat zij intermediair in het betalingsverkeer is. Daarvoor bestaat geen rechtvaardiging.

Tot slot vraagt de Commissie zich af waarom in het voorgestelde art. 54 lid 3 sub b het verrekeningsverbod van art. 54 lid 1 wordt uitgeschakeld vanaf het moment dat een schuldeiser overeenkomstig art. 368 lid 2 een schriftelijk verzoek aan de schuldenaar doet om een akkoord aan te bieden. Hierdoor kan iedere schuldeiser op elk door hem gewenst moment aan de werking van art. 54 lid 1 ontkomen. De Commissie merkt overigens op dat in het voorstel – anders dan de MvT vermeldt (zie blz. 37 en 38) – een vergelijkbare bepaling ten aanzien de pauliana ontbreekt.

De Commissie heeft verder geen opmerkingen ten aanzien van het nieuwe art. 47 lid 2.

Artikel 368

Dit artikel verschaft de noodzakelijke wettelijke grondslag voor het onderscheid tussen enerzijds een informeel buitengerechtelijk akkoord dat de instemming van alle daarbij betrokken schuldeisers vergt en anderzijds het formele Preventief Akkoord, dat aan alle of aan bepaalde schuldeisers wordt aangeboden en - desgevraagd - door de rechter kan worden opgelegd aan de schuldeisers aan wie het is aangeboden, ook indien die niet met dat Preventief Akkoord instemmen. Waar het huidige Insolventie Akkoord uitsluitend aan de concurrente schuldeisers² als geheel kan worden aangeboden, kan het Preventief Akkoord aan één of meer (klassen van) schuldeisers worden aangeboden. Schuldeisers tot wie het aanbod van een Preventief Akkoord zich niet richt, zullen daaraan niet gebonden zijn, ook niet als het door de rechter algemeen verbindend wordt verklaard.

Artikel 368 lid 1

Uit de MvT blijkt, dat met het begrip 'wijziging van rechten' mede bedoeld wordt op de wijziging van verbintenissen voortvloeiende uit wederkerige overeenkomsten. Uit art. 373 lid 4 vloeit voort dat de contractuele wederpartij van wie de rechten uit de overeenkomst door het Preventief Akkoord worden gewijzigd, vervolgens de keuze heeft om de wederkerige overeenkomst te beëindigen. Het voorstel zou aan kracht winnen wanneer het verduidelijkt of in dat geval sprake is van een tekortkoming in de nakoming van de verbintenissen van de schuldenaar uit hoofde van die wederkerige overeenkomst, en zo ja of de daarmee eventueel gepaard gaande verbintenis tot betaling van schadevergoeding dan onder het bereik van het Preventief Akkoord valt. Diezelfde duidelijkheid is gewenst voor de werking van contractsbepalingen die het aanbieden, aanvaarden of algemeen verbindend verklaren van een Preventief Akkoord als een 'event of default' aanmerken, die de contractuele wederpartij het recht geven om de wederkerige overeenkomst te beëindigen en om schadevergoeding te vorderen.

² Waaronder ook begrepen worden de in rang bij de concurrente schuldeisers achtergestelde schuldeisers.

Het zijn niet zelden de kosten die gemoeid zijn met duurovereenkomsten voor het gebruik van kapitaalgoederen die een onderneming in de financiële problemen brengen wanneer de behoefte aan het gebruik van (de volledige capaciteit van) dat kapitaalgoed verminderd is, maar nog wel van belang voor de onderneming. Wanneer de onderneming gebaat zou zijn bij de voortzetting van de wederkerige overeenkomst op aangepaste voorwaarden over en weer, zal de schuldenaar dus daarover overeenstemming buiten het Preventief Akkoord om dienen te bereiken met zijn contractuele wederpartij. De Commissie meent dat hiermee voldoende evenwicht wordt gevonden tussen enerzijds de belangen van de schuldenaar en de gezamenlijke schuldeisers bij de sanering van de onderneming van de schuldenaar en anderzijds het belang van de individuele schuldeiser om niet tegen zijn wil in de toekomst gebonden te worden aan voor hem ongunstige contractvoorwaarden.

Artikel 368 lid 2

Op zichzelf beschouwd staat de Commissie positief tegenover het openen van de mogelijkheid voor een schuldeiser om een dwangakkoord aan te bieden indien de schuldenaar dat nalaat. Op die wijze wordt bereikt dat het voorstel van de schuldenaar concurrentie kan ondervinden van een beter voorstel, waarmee vermeden wordt dat niet het beste voorstel aan de schuldeisers wordt gedaan³.

De Commissie vreest echter dat met het huidige voorstel schuldeisers lichtvaardig gebruik van deze bevoegdheid kunnen maken. Daarbij dient voorts mee te wegen dat een door een schuldeiser aangeboden akkoord niet alleen ingrijpt in de rechten van de andere daaraan gebonden schuldeisers en aandeelhouders, maar ook in de rechten van de schuldenaar zelf. De Commissie wijst er op dat de schuldeiser die bevoegd is om op voet van art. 368 lid 2 een akkoord aan te bieden daartoe ook in staat gesteld moet worden. Hij zal dus jegens de schuldenaar aanspraak moeten kunnen maken op het verschaffen van alle voor het akkoord noodzakelijke informatie.

Tegen die achtergrond lijkt het de Commissie verkieslijk dat de mogelijkheid voor een schuldeiser om een Preventief Akkoord aan te bieden, alleen zou moeten bestaan wanneer het door de schuldenaar aangeboden Preventief Akkoord niet door de betrokken schuldeisers wordt aanvaard. In dat stadium heeft immers de schuldenaar alle voor de boordeling door de schuldeisers noodzakelijke informatie beschikbaar gesteld (art. 370), zodat de schuldeisers ook daadwerkelijk in staat zijn om een beter voorstel te formuleren. Op die manier wordt de schuldenaar ook geprikkeld om in één keer zijn beste voorstel te doen en aldus zijn lot zoveel mogelijk in eigen hand te houden.

Indien de huidige opzet van het voorstel zou worden gehandhaafd zou het de voorkeur verdienen de tekst zo aan te passen dat de schuldeiser de bevoegdheid krijgt om alle voor het aanbieden van het akkoord noodzakelijke informatie bij de schuldenaar op te eisen.

Zoals blijkt uit MvT (blz. 48), zal het mogelijk worden dat verschillende schuldeisers concurrerende voorstellen kunnen doen. Dat is op zichzelf beschouwd een goede zaak omdat daarmee de concurrentie wordt vergroot. Wel zal er een voorziening moeten worden opgenomen over de wijze van behandeling van concurrerende voorstellen. Wanneer de aanbeveling van de Commissie zou worden gevolgd dat de schuldeisers pas aan de beurt komen nadat de schuldenaar in de gelegenheid is gesteld om een Preventief Akkoord aan te bieden, zal het gaan om de vaststelling van de volgorde van behandeling van de voorstellen van verschillende schuldeisers en om de

³ Zie B.S.J.M. van Gangelen en G.H. Gispen, "Voorstellen tot verbetering van de surseance en het akkoord", in "Overeenkomsten en Insolventie", red. N.E.D. Faber, J.J. van Hees en N.S.G.J. Vermunt, Kluwer 2012, p. 312 - 316.

vraag of dan zou worden gewerkt volgens het beginsel dat als een akkoord is aanvaard een ander voorstel niet wordt behandeld, of volgens het beginsel van 'de meeste stemmen gelden'.

Een in het voorstel en in de MvT niet beantwoorde vraag is of niet voor elk akkoord is vereist dat de schuldenaar daarmee (uiteindelijk) instemt. De schuldenaar zal met de nieuwe situatie die door het akkoord in het leven wordt geroepen immers uiteindelijk moeten kunnen en willen leven.

Artikel 368 lid 3

Deze bepaling maakt het (impliciet) mogelijk om de rechten van schuldeisers jegens derden (borgen, medeschuldenaren en garantiegevers) in het Preventief Akkoord te beperken. Deze – op zich vergaande bepaling – verhoogt de effectiviteit van het Preventief Akkoord aanmerkelijk omdat daarmee kan worden voorkomen dat de schuldenaar na het akkoord met regresvorderingen wordt besprongen. Dit vraagt echter wel om een verdere uitwerking.

Het voorkomen van (complicerende) regresvorderingen op de schuldenaar na een Preventief Akkoord blijkt echter niet het motief te zijn voor het opnemen van deze bepaling. Het motief dat in de MvT wordt vermeld is dat hiermee de mogelijkheid wordt geopend om niet alleen de betreffende schuldenaar in het akkoord te betrekken, maar ook de tot de groep van die schuldenaar behorende maatschappijen die borg zijn, garant staan of zakelijke zekerheden hebben verschaft (MvT blz. 48). Beoogd is dus in feite om niet alleen verplichtingen van de schuldenaar zelf te saneren, maar tegelijk ook, in één moeite door, verplichtingen van vennootschappen die tot hetzelfde concern behoren als waarvan de schuldenaar deel uitmaakt.

De Commissie acht dit onjuist. In het geval een partij die zekerheid heeft gesteld niet aan de daaruit voortvloeiende verplichtingen kan voldoen of daardoor in financiële problemen geraakt, kan dat grond zijn om (ook) bij die partij een Preventief Akkoord te bewerkstelligen. Daarvoor dient dan wel de route te worden gelopen die het onderhavige voorstel uitzet, met daarbij alle waarborgen voor de betrokken partijen die dat voorstel inhoudt. Het kan bijvoorbeeld niet zijn dat een schuldeiser als gevolg van een Preventief Akkoord van zijn schuldenaar slechts gedeeltelijke betaling van zijn vordering verkrijgt en de hem door een concernvennootschap van zijn schuldenaar verschaftte garantie kwijtraakt, terwijl alle andere schuldeisers van die concernvennootschap volledig worden voldaan.

Artikel 368 leden 4 t/m 9

Geen opmerkingen.

Artikel 369

Art. 369 biedt een wettelijke grondslag voor de indeling in klassen en bepaalt wie gerechtigd zijn over het akkoord te stemmen.

Artikel 369 leden 1 en 2

Het eerste lid van art. 369 bepaalt dat het akkoord erin kan voorzien dat schuldeisers en aandeelhouders elk in afzonderlijke klassen worden onderverdeeld. Het tweede lid van art. 369 bepaalt dat schuldeisers met vorderingen en aandeelhouders met rechten die redelijkerwijs als gelijkaardig moeten worden aangemerkt, in dezelfde klassen worden ondergebracht. De

Commissie meent dat de voorgestelde regeling de door de praktijk gewenste flexibiliteit biedt, vooral nu de regeling voorziet in de mogelijkheid (i) het akkoord slechts aan bepaalde (groepen) schuldeisers aan te bieden en (ii) aan verschillende klassen schuldeisers en aandeelhouders verschillende voorstellen te doen. Het voorstel levert hiermee een belangrijke verbetering op ten opzichte van de bestaande regeling van het akkoord in surseance en faillissement. Aandachtspunt is wel hoe moet worden omgegaan met eventuele geschillen over de indeling in klassen. In de huidige systematiek is ervoor gekozen de rechterlijke betrokkenheid in beginsel beperkt te houden tot de fase waarin de algemeen verbindend verklaring van het akkoord wordt verzocht (zie blz. 60 MvT). Naar het oordeel van de Commissie is dit te laat: de rechter (of op zijn minst de rechter-commissaris) moet al in de totstandkomingsfase gediëerd kunnen worden. De Commissie gaat er echter van uit dat de betrokken partijen vrijwel steeds gebruik zullen maken van de bevoegdheid die het voorstel hen in art. 371 geeft om de rechtbank te verzoeken een rechter-commissaris te benoemen die zich ter zake van (onder meer) de klassen – naar de Commissie begrijpt: niet-bindend – kan uitspreken. Op dit punt zal hierna bij de bespreking van art. 371 nog worden teruggekomen.

Artikel 369 lid 3

Art. 369 lid 3 bepaalt wie gerechtigd zijn over het akkoord te stemmen, te weten schuldeisers en aandeelhouders aan wie het akkoord wordt aangeboden en van wie de rechten op basis van het akkoord worden gewijzigd.

De Commissie heeft met instemming kennis genomen van de keuze van de wetgever om (toch) niet te bepalen dat schuldeisers en/of aandeelhouders die in het geval de schuldenaar failliet zou gaan naar verwachting geen uitkering ontvangen, niet mogen meestemmen over het akkoord. Een dergelijke bepaling zou onherroepelijk tot ingewikkelde waarderingsvraagstukken hebben geleid. Op het moment dat de schuldenaar of een schuldeiser het akkoord aanbiedt is immers lastig – zo niet onmogelijk – vast te stellen of een schuldeiser in een eventueel opvolgend faillissement al dan niet een uitdeling kan verwachten.

De Commissie ondersteunt verder de keuze om schuldeisers en aandeelhouders die niet 'geraakt' worden door het akkoord geen stemrecht toe te kennen.

Artikel 369 lid 4

Art. 369 lid 4 bepaalt dat indien het economisch belang bij een vorderingsrecht of een aandeel geheel of in overwegende mate berust bij een ander dan de juridisch gerechtigde, deze met uitsluiting van de juridisch gerechtigde bevoegd is naar eigen inzicht over het akkoord te stemmen voor dat deel van de vordering waartoe hij is gerechtigd. Deze bepaling is onder meer geschreven voor het geval de schuldenaar een of meer financiële instrumenten heeft uitgegeven. Dit kunnen obligaties zijn (vergelijk blz. 55 MvT), maar het kan ook om andere financiële instrumenten gaan. De (rechts)persoon die het uiteindelijke economische belang heeft bij een financieel instrument, wordt ook wel aangeduid met de term (*ultimate*) *beneficial owner* of – in het Nederlands – economisch gerechtigde. De economisch gerechtigde kan tevens de juridisch eigenaar zijn, maar dat hoeft niet. Of de economisch gerechtigde ook de juridisch eigenaar is, is afhankelijk van meerdere factoren zoals het recht dat op de desbetreffende instrumenten van toepassing is en hetgeen de op de financiële instrumenten van toepassing zijnde contractdocumentatie hieromtrent bepaalt. Naar Nederlands faillissementsrecht is de schuldeiser bevoegd te stemmen over een akkoord. In gevallen waarin de juridisch eigenaar een andere partij is dan de economisch gerechtigde, doet zich de vraag voor welke partij moet worden aangemerkt als schuldeiser in de

zin van de Nederlandse Faillissementswet en daarmee gerechtigd is te stemmen over een akkoord. Voorbeelden van akkoorden waarbij de hiervoor geschetste problematiek zich voordeed, zijn het surséanceakkoord van United Pan-Europe Communications N.V. ("UPC", zie Hoge Raad 26 augustus 2003, JOR 2003/211) en meer recent het faillissementsakkoord van Lehman Brothers Treasury Co. B.V. ("LBT", zie Rechtbank Amsterdam 22 maart 2013, JOR 2013/191). In de zaak UPC is deze vraag op grond van art. 225 Fw voorgelegd aan de rechter. De Hoge Raad heeft destijds geoordeeld dat de economisch gerechtigden tot de financiële instrumenten vanuit het oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid *in dit geval* op één lijn moesten worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet (en dus gerechtigd waren te stemmen over het akkoord). Van belang is dat het oordeel van de Hoge Raad inzake UPC is gebaseerd op de specifieke omstandigheden van het geval, te weten dat het stemrecht over gerechtelijke regelingen zoals een akkoord zowel volgens de inhoud van overeenkomsten die aan de door UPC uitgegeven obligatieleningen ten grondslag lagen als volgens het daarop toepasselijke recht van de Staat New York toekwam aan de *economisch gerechtigden* en niet aan de *juridisch gerechtigde* door wiens tussenkomst de obligaties zijn uitgegeven.⁴

Uit het UPC-arrest kan dus uitdrukkelijk niet de algemene regel worden afgeleid dat in *ieder* geval waarin het economisch belang bij een vorderingsrecht bij een andere partij berust dan de juridisch gerechtigde, de economisch gerechtigde bevoegd is te stemmen over een akkoord. Als er al een algemeen geldende regel uit het UPC arrest kan worden afgeleid, dan is dat de regel dat de vraag wie gerechtigd is te stemmen over een akkoord (binnen of buiten faillissement) beantwoord moet worden aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval, zoals - onder meer - het toepasselijke recht en hetgeen de toepasselijke contractdocumentatie op dit punt bepaalt.

Illustratief in dezen is ook het akkoord dat LBT in 2012 heeft aangeboden aan haar schuldeisers. LBT heeft voorafgaand aan haar faillissement grote hoeveelheden financiële instrumenten (ook wel: "Notes") uitgegeven. Bij het aanbieden van het akkoord deed zich – net als in UPC – de vraag voor welke partij moest worden aangemerkt als schuldeiser in de zin van de Nederlandse Faillissementswet en daarmee welke partij gerechtigd was vorderingen in te dienen in het faillissement van LBT en te stemmen over het akkoord. Gezien de grote aantallen Notes, die verschillen in het op deze Notes van toepassing zijnde recht en de diverse juridische structuren waarbinnen deze Notes gehouden werden, kon deze vraag niet eenduidig beantwoord worden. Omdat de vraag niet eenduidig kon worden beantwoord is aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval per markt waarin LBT Notes heeft uitgegeven, bepaald welke partij gerechtigd was over het akkoord te stemmen. Relevante omstandigheden inzake LBT waren onder meer het op de Notes toepasselijke recht, de op de Notes toepasselijke contractdocumentatie en de juridische structuren waarbinnen deze Notes gehouden werden.

⁴ Zie r.ov. 3.8.3 van het UPC-arrest: "Onderdeel 6.2 strekt ten betoge dat naar Nederlands recht alleen aan de *legal owner* van de obligaties stemrecht toekomt met betrekking tot het aangeboden akkoord, zodat het Hof zich ten onrechte heeft verenigd met het oordeel van de Rechtbank dat dit recht toekomt aan de *beneficial holders* van de obligaties. Dit betoog kan niet als juist worden aanvaard. Weliswaar is op de aan UPC verleende surséance van betaling Nederlands recht van toepassing, doch het Nederlands internationaal privaatrecht laat toe dat rekening wordt gehouden met de omstandigheid dat in deze surséance leningovereenkomsten betrokken zijn die aan de obligatieleningen ten grondslag liggen en die worden beheerst door het recht van de Staat New York (Verenigde Staten van Amerika). Zowel volgens de inhoud van deze overeenkomsten als volgens het daarop toepasselijke recht van de Staat New York komt, naar het Hof heeft vastgesteld, het stemrecht over gerechtelijke regelingen toe aan de *beneficial holders* en niet aan de *trustee* door wiens tussenkomst de obligaties zijn uitgegeven. De *beneficial holders*, die ook als de economisch gerechtigden kunnen worden beschouwd en die in de met de onderhavige surséance van betaling nauw samenhangende, zogenoemde "Chapter 11 procedure" voor het Bankruptcy Court in New York het aan de obligatieleningen ontleende stemrecht hebben uitgeoefend, moeten in dit geval uit een oogpunt van rechtvaardigheid en doelmatigheid op één lijn worden gesteld met de schuldeisers als bedoeld in de Nederlandse Faillissementswet en zij dienen dan ook de bevoegdheid te hebben te dezer zake het stemrecht uit te oefenen."

De akkoorden van UPC en LBT illustreren dat van geval tot geval beoordeeld wordt welke partij(en) gerechtigd zijn te stemmen over een akkoord. Deze beoordeling moet – overeenkomstig UPC en LBT – plaatsvinden aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval. Deze beoordeling dient in eerste instantie plaats gemaakt te worden door de partij die het akkoord aanbiedt. Het ligt voor de hand bij het maken van deze beoordeling aansluiting te zoeken bij het toepasselijk recht en de toepasselijke contractdocumentatie, maar ook andere omstandigheden kunnen relevant zijn.

Gezien het voorgaande beveelt de Commissie aan art. 369 lid 4 als volgt te wijzigen:
 "Welke partij voor de toepassing van artikel 369 lid 1 van deze wet gerechtigd is te stemmen over het akkoord, moet worden bepaald aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval waaronder het toepasselijke recht en de overigens op het vorderingsrecht of het aandeel van toepassing zijnde of daarvan deel uitmakende bepalingen."

In aansluiting op het voorgaande merkt de Commissie op dat de bij het akkoord betrokken partijen de rechtbank (of ten minste de rechter-commissaris) al in de totstandkomingsfase van het akkoord moeten kunnen adiëren om een bindend oordeel te vragen over de vraag welke partijen stemgerechtigd zijn. Zoals de Commissie hiervoor al opmerkte gaat zij er van uit dat betrokkenen reeds in een vroeg stadium de rechtbank overeenkomstig het bepaalde in art. 371 lid 1 zullen verzoeken een rechter-commissaris te benoemen die zich hierover kan uitspreken. Het oordeel van deze rechter-commissaris is weliswaar niet bindend, maar redelijkerwijs mag worden verwacht dat het latere wel bindende oordeel van de rechtbank hiervan slechts en onder zeer bijzondere omstandigheden en dus bij hoge uitzondering zal afwijken. Niettemin zou het het proces ten goede komen als het oordeel van de rechter-commissaris de bij dat proces betrokken partijen zekerheid zou bieden. De Commissie zal op dit punt nader ingaan bij de bespreking van art. 371.

Artikel 369 lid 4 in relatie tot artikel 372 lid 3

Art. 372 lid 3 bepaalt dat een klasse van stemgerechtigde schuldeisers of aandeelhouders voor het akkoord heeft gestemd indien:

- (a) de gewone meerderheid van de tot die klasse behorende en aan de stemming deelnemende schuldeisers en aandeelhouders voor het akkoord heeft gestemd en
- (b) die meerderheid ten minste twee derden vertegenwoordigt van het bedrag aan vorderingen van de aan de stemming deelnemende schuldeisers dan wel twee derden van het gedeelte van het geplaatste kapitaal dat de aan de stemming deelnemende aandeelhouders vertegenwoordigen.

De vraag dringt zich op hoe de meerderheid in onderdeel a van art. 372 lid 3 moet worden vastgesteld indien – overeenkomstig het huidige art. 369 lid 4 – een andere partij dan de schuldeiser in de zin van de Nederlandse Faillissementswet (of, in een voorkomend geval: een ander dan de aandeelhouder) bevoegd is over het akkoord te stemmen. Het volgende voorbeeld kan dit verduidelijken.

Schuldenaar X geeft een financieel instrument (hierna: "Note") uit. De uitgifte van deze Note geschiedt – zoals in de praktijk gangbaar is – door deponering van een toonderstuk bij een professionele bewaarder. Krachtens het op de Note toepasselijke recht en de toepasselijke contractdocumentatie, kwalificeert de bewaarder als schuldeiser in de zin van de Nederlandse Faillissementswet. Omwille van de verhandelbaarheid wordt de Note opgedeeld in 100

individueel verhandelbare Notes. Deze Notes zijn – al dan niet via diverse intermediairs – verkocht aan 100 individuele eindbeleggers. Het economisch belang bij de Note berust bij derhalve 100 verschillende eindbeleggers.

Toepassing van het voorgestelde art. 369 lid 4 leidt in het hiervoor genoemde voorbeeld ertoe dat de 100 eindbeleggers gerechtigd zijn te stemmen over een akkoord. De vraag is nu of deze 100 stemgerechtigde eindbeleggers voor de toepassing van het getalscriterium uit art. 372 lid 3 sub a moeten geteld als één stem of als 100 stemmen. De Commissie gaat er van uit dat uit de woorden 'en aan de stemming deelnemende schuldeisers en aandeelhouders' van de bewuste bepaling kan worden afgeleid dat in het hiervoor gegeven voorbeeld de 100 eindbeleggers in totaal ook 100 stemmen kunnen uitbrengen. Het gegeven voorbeeld laat overigens zien dat het getalscriterium van art. 372 lid 3 sub a een nogal willekeurig karakter heeft. De Commissie geeft dan ook in overweging dat criterium geheel te schrappen. In de UK wordt dit ook bepleit ter voorkoming van het zogenoemde 'vote splitting', oftewel: het op voorhand beïnvloeden van de stemuitslag door voorafgaand aan de stemming delen van vorderingen of aandelen over te dragen.

Ten behoeve van de stemming over een akkoord waarbij een groot aantal schuldeisers betrokken is, kan het zinvol zijn een met art. 281a e.v. Fw overeenkomstige regeling op te nemen. Deze regeling komt er op neer voor een akkoord bij een grote surseance (d.w.z. een surseance met meer dan 5000 schuldeisers) toestemming nodig is van drie vierde van de ter vergadering aanwezige leden van de commissie van vertegenwoordiging, welke commissie uit ten minste negen leden bestaat.

Artikel 370

Artikel 370 lid 1

Een akkoordvoorstel moet tenminste *acht* dagen voor de stemming aan de schuldeisers en aandeelhouders wier rechten door akkoord worden beperkt worden voorgelegd. Volgens de MvT is die termijn 'relatief' kort, teneinde de snelheid van het tot stand komen van het akkoord te bevorderen. Deze termijn is echter notoir te kort. Gezien de hoeveelheid informatie die het voorstel van een akkoord dient te bevatten (zie de leden 2 en 3 van dit artikel) en het feit dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders ook nog nadere informatie moeten kunnen vragen (zie lid 2 sub e) is een termijn van acht dagen, zelfs in de snelle digitale wereld anno 2014 te krap.

In het voorstel mag het natuurlijk niet alleen maar gaan om het belang van degene die het akkoord aanbiedt; ook moet rekening gehouden worden met de belangen van degenen die door het akkoord worden getroffen. In de MvT (blz. 56) wordt terecht vermeld dat het doel van dit artikel is dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders in de gelegenheid moeten worden gesteld om een 'goed geïnformeerde' beslissing te nemen. Weliswaar gaat de MvT er vanuit dat vaak al voorafgaande aan het definitief voorleggen van een akkoord er met de belangrijkste schuldeisers en aandeelhouders overleg is gevoerd, maar dat hoeft niet het geval te zijn geweest. De betrokken schuldeisers en aandeelhouders kunnen ook door een akkoordaanbieder worden overvallen. Zij moeten dan de gelegenheid hebben zich daarover te beraden, daarover nadere informatie te vragen, zich daarover te laten adviseren en over het akkoord eventueel met hun "klasse-genoten" te kunnen overleggen. Bovendien bestaat het risico dat een (te) korte termijn door de aanbieder van het akkoord strategisch wordt gebruikt om te voorkomen dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders aan de stemming over het akkoord deelnemen. Dat kan bijvoorbeeld door het

akkoord gedurende een vakantieperiode aan te bieden. Hierbij is van belang dat het voorstel in art. 372 lid 3 voor de instemming van het akkoord bepalend acht de (gekwalficeerde) meerderheid *van de aan de stemming deelnemende* schuldeisers en aandeelhouders. Gelet op dit alles zou de termijn op tenminste 21 dagen te worden gesteld.

Artikel 370 lid 2

Het verschil van dit lid 2 met het derde lid van art. 370 lijkt te zijn dat al hetgeen in het tweede lid staat vermeld in een uitvoerig beschreven voorstel moet zijn vermeld, terwijl het in het derde lid gaat om *bijlagen* bij dit voorstel. In beide gevallen duidt de zinsnede 'in ieder geval' erop dat het gaat om niet-limitatieve vereisten. Men kan zich afvragen of sommige elementen van lid 2 niet (ook) bij lid 3 zouden kunnen worden geplaatst, ten einde te voorkomen dat het voorstel van lid 2 te uitgebreid zal worden.

Niet duidelijk is wat in lid 2 sub c wordt bedoeld met 'de waardering indien en voor zover relevant'. De waardering waarvan? Van de gehele onderneming? Daar lijkt het op als de MvT spreekt van going concern-waarde dan wel liquidatiewaarde. Maar even verder spreekt de MvT van 'waardering van de vorderingen'.

De Commissie vraagt zich verder af wat de toevoeging in lid 2 sub c 'indien en voor zover relevant' betekent. Wie bepaalt of er een waardering wordt overgelegd en wie bepaalt in hoeverre die relevant is? Kennelijk is het de bedoeling dat die beslissingen liggen bij de akkoordaanbieder. Is dit niet al te vrijblijvend? Dient dit niet gewoon verplicht te zijn?

De Commissie merkt verder op dat in lid 2 sub e is bepaald dat het voorstel moet vermelden op welke wijze de betrokken schuldeisers en aandeelhouders nadere informatie over het akkoord kunnen krijgen. Voor het inwinnen en bestuderen van die informatie moet dan wel voldoende tijd beschikbaar zijn. Een termijn van 8 dagen is dan veel te kort. De Commissie verwijst naar haar opmerkingen daarover bij art. 370 lid 1.

Artikel 370 lid 3

In lid 3 sub g wordt ten aanzien van de jaarrekeningen gesproken over 'voor zover beschikbaar'. De Commissie vraagt zich af waarom deze beperking is opgenomen. Een onderneming die niet beschikt over jaarrekeningen/jaarverslagen over de laatste twee boekjaren komt naar de mening van de Commissie voor een Preventief Akkoord niet in aanmerking. De betreffende beperking dient naar het oordeel van de Commissie dan ook geschrapt te worden. Dat een jaarrekening nog niet is 'vastgesteld' wordt ondervangen, zoals ook de MvT aangeeft, met de formulering 'opgemaakt'.

In lid 3 sub h wordt gesproken over een kasstroom-overzicht. Niet wordt aangegeven welke periode deze moet omvatten. Dat is naar de mening van de Commissie wel wenselijk. Het kasstroom-overzicht zou tenminste een periode van 12 maanden moeten beslaan.

Verder is het de Commissie niet duidelijk wat wordt bedoeld met de staat van bekende baten en lasten zoals vermeld in lid 3 sub i en welke zelfstandige betekenis dit heeft dit naast hetgeen sub j is bepaald.

Wat betreft lid 3 sub j meent de Commissie dat de woorden 'waar nodig' te onbepaald en te facultatief zijn. Een onderneming die een akkoord aanbiedt dient boekhoudkundig geheel op orde

te zijn en moet in staat zijn actuele cijfers te produceren. Voorgeschreven zou daarom moeten worden een balans *en* winstrekening over te leggen die maximaal een maand oud zijn.

Artikel 371

De Commissie onderschrijft het belang dat reeds bij aanvang van het proces naar een Preventief Akkoord door de rechtbank op verzoek van een betrokkene een rechter-commissaris kan worden benoemd voor belangrijke beslissingen die in dat proces moeten worden genomen.

In de MvT (blz. 60) wordt opgemerkt dat in de fase waarin het akkoord tot stand komt, geschillen kunnen rijzen over – onder meer – de indeling in klassen. De MvT signaleert verder dat het onwenselijk is met het oplossen van dergelijke geschillen te moeten wachten tot de fase waarin de rechter het verzoek tot algemeen verbindend verklaring toetst. Opgemerkt wordt daarbij dat de "*deal certainty*" voor de bij het akkoord betrokkenen hiermee in gevaar komt. De Commissie is het op alle hiervoor genoemde punten met de MvT eens. Immers: indien de rechter eerst in de fase van de algemeen verbindend verklaring kan worden geadresseerd, heeft dit tot gevolg dat een aangenomen akkoord alsnog op losse schroeven komt te staan. Kostbare tijd, moeite, geld en mogelijk zelfs de continuïteit van de onderneming kunnen hiermee verloren gaan. Gezien de duidelijke stellingname in de MvT had het voor de hand gelegen als in het voorstel zou zijn gekozen voor een systeem waarin de bij het akkoord betrokken partijen al in een vroeg stadium de rechter-commissaris kunnen adresseren om een *bindend* oordeel te vragen over de waardering, klassenindeling en stemming.

De wetgever heeft echter gekozen voor een systeem waarin een rechter-commissaris niet meer kan dan *aangeven* of de wijze van waardering van vorderingen van schuldeisers, de indeling in klassen of de procedure voor stemming *naar zijn voorlopig oordeel* voldoet aan de eisen die de rechtbank daaraan zou stellen bij de beoordeling van een verzoek tot algemeen verbindend verklaring van het akkoord.

Aangezien de rechter-commissaris in de voorfase geen formele beslissing kan nemen, komt de regeling in feite erop neer dat de bij het akkoord betrokken partijen eerst in de homologatiefase zekerheid verkrijgen over de waardering, klassenindeling en stemming. De Commissie is hiervan geen voorstander.

De Commissie vraagt zich verder af wat het karakter is van de beslissingen die rechter-commissaris volgens het voorstel kan nemen. In de tekst van het voorstel wordt als gezegd gesproken over 'kan aangeven'. Bij hetgeen daarna sub a is vermeld wordt dan gerefereerd aan het voldoen aan de eisen die de rechtbank daaraan 'zou stellen'. In de MvT wordt zowel gesproken over 'voorlopig oordeel', als 'eerste indicatie' alsook over 'eerste marginale controle'. In lid 2 wordt gesproken over 'bepaalt', in de leden 3/4/5 over 'uitlaten' en in lid 5 ook nog over 'beslissingen'. De Commissie vraagt zich af of het niet beter is dergelijke vage en niet-uniforme aanduidingen te vermijden en aan te sluiten bij wat in ons procesrecht te doen gebruikelijk is. Dat zou kunnen doordat de rechter-commissaris als voorzieningenrechter een voorlopige beslissing neemt (zonder beroeps- of cassatiemogelijkheid), die voor de rechter die oordeelt over de algemeen verbindend verklaring niet bindend hoeft te zijn.

Artikel 371 lid 1

Het eerste lid lijkt een limitatieve opsomming te geven van de kwesties waarover de rechter-commissaris kan beslissen. Sub a betreft het dan hetzij de waardering van vorderingen van schuldeisers hetzij de klasse-indeling hetzij de stemmingsprocedure. Sub b gaat over wijziging of aanvulling van het akkoord. Waarom deze beperking? Er zijn wellicht andere problemen die al in een vroeg stadium rijzen en waarover dan het beste een rechterlijke (voorlopige?) voorziening kan worden gegeven. De Commissie geeft in overweging om op te nemen dat een eventueel te benoemen rechter-commissaris kan oordelen, eventueel dan bij wijze van voorlopige voorziening, over alle geschillen die rijzen ten aanzien van de aanbidding van het akkoord en de stemming daarover.

In het voorstel staat niets vermeld over het moment waarop het verzoek om een rechter-commissaris te benoemen kan of uiterlijk moet worden ingediend. De Commissie gaat er van uit dat een dergelijk verzoek op elk moment kan worden gedaan, vanaf het moment waarop de schuldenaar of een schuldeiser het voornemen heeft een voorstel voor een akkoord te doen.

Overige leden van artikel 371

Omtrent de doorlooptijd van de procedure bij de rechter-commissaris wordt in het voorontwerp niets vermeld, zoals dat ook niet is geregeld ten aanzien van de vraag binnen welke termijn de rechtbank moet beslissen op een verzoek om een rechter-commissaris te benoemen. Daarnaast wordt weliswaar bepaald (lid 3) dat de rechter-commissaris hoor en wederhoor dient toe te passen, doch ook ten aanzien van de oproeping van partijen worden geen termijnen genoemd. De vraag is gewettigd of dit allemaal aan het discretionaire oordeel van rechtbank en rechter-commissaris moet worden overgelaten dan wel dat daartoe enige voorziening gewenst is, mede in het kader van de door het voorontwerp beoogde snelheid, waarmee een Preventief Akkoord tot stand dient te komen.

In lid 2 wordt ook de rechtbank genoemd, die bij gebreke van een rechter-commissaris kan beslissen over onder meer de toelating tot stemming. De Commissie vraagt zich af of het in een dergelijk geval niet meer voor de hand ligt een rechter-commissaris te benoemen die vervolgens de bedoelde beslissingen neemt.

Artikel 372

Bij de stemmingsprocedure is het uitgangspunt dat deze geheel wordt geregisseerd door de aanbieder van het akkoord. Hij bepaalt de procedure en de daarop betrekking hebbende termijnen, hij telt de stemmen en maakt daarvan een verslag. Maar als aanbieder van het akkoord is hij tevens degene die er belang bij heeft dat het akkoord wordt aangenomen, omdat dit de algemeen verbindend verklaring vergemakkelijkt. Uitgangspunt van art. 373 is immers dat een aangenomen akkoord algemeen verbindend wordt verklaard, *tenzij* de omstandigheden als bedoeld in lid 3 van art. 373 zich voordoen.

De schuldeisers en aandeelhouders wier rechten worden gewijzigd, hebben belang bij een zo eerlijk mogelijke procedure. Oneigenlijk gebruik of manipulatie door de aanbieder dient dan ook zoveel mogelijk te worden voorkomen. De vraag is of dit voldoende in art. 372 tot uiting komt. Wellicht zou in de MvT expliciet moeten worden opgemerkt dat het *wenselijk* is (het hoeft niet verplicht te worden gesteld) dat de stemming en het opmaken van het verslag onder van te voren

geregeld toezicht plaatsvindt, en dat op verzoek van een of meer schuldeisers de rechter-commissaris ook kan bepalen (overeenkomstig art. 371) dat die onder toezicht *moet* plaatsvinden. Het is dan aan de rechter-commissaris te bepalen welke vorm van toezicht (notarieel of anderszins) geïndiceerd is.

Artikel 372 lid 3

In lid 3 is ten aanzien van de vereiste meerderheden gekozen voor een gewone meerderheid ten aanzien van het *aantal* betrokken schuldeisers en aandeelhouders en een meerderheid van twee derde ten aanzien van het totaal *bedrag* aan vorderingen resp. geplaatst aandelenkapitaal. Daarbij is blijkens de MvT een welbewuste keuze gemaakt. Die meerderheden worden niet berekend over het totaal aantal schuldeisers in een bepaalde klasse en over het totaal bedrag aan vorderingen of aandelenkapitaal in een bepaalde klasse, maar beperkt tot degene die aan de *stemming* deelnemen. Dit dus zowel ten aanzien van het aantal schuldeisers en aandeelhouders alsook ten aanzien van het totaal van hun vorderingen of aandelen. De MvT geeft hiervoor als reden aan dat voorkomen moet worden dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders door niet te stemmen de stemming zouden kunnen manipuleren. Bovendien lijkt de redenering te zijn: je hebt de mogelijkheid om te stemmen; doe je dat niet dan is dat je eigen verantwoordelijkheid. Tot slot wordt aangevoerd dat men in het kader van de algemeen verbindend verklaring altijd nog kan betogen dat men onevenredig is benadeeld. Wat dat laatste betreft: hiervoor is al aangegeven dat als een akkoord wordt geacht te zijn aangenomen de avv op grond van het eerste lid van art. 373 voor de hand ligt. Het *tenzij* van lid 3 van dat artikel zet de betreffende schuldeiser of aandeelhouder in ieder geval op achterstand.

Als gezegd gaat het hier om een in het voorstel gemaakte keuze. Deze kan naar de mening van de Commissie echter alleen gerechtvaardigd zijn als de betrokken schuldeisers en aandeelhouders ook daadwerkelijk een reële mogelijkheid hebben om niet alleen aan de stemming over het akkoord deel te nemen, maar zich daaraan voorafgaand over dat akkoord te kunnen informeren en beraden. De Commissie wijst er in dit verband opnieuw op dat de in het voorstel opgenomen minimumtermijn tussen het aanbieden van het akkoord en de stemming daarover te kort is. Deze termijn is art. 370 lid 1 gesteld op 8 dagen maar zou naar de mening van de Commissie tenminste 21 dagen moeten zijn. De Commissie verwijst naar haar opmerkingen bij art. 370 lid 1.

Over het bepaalde in dit lid heeft de Commissie bij haar bespreking van art. 369 lid 4 verder nog de vraag opgeworpen of het getalscriterium van art. 372 lid 3 sub a niet beter kan worden geschrapt.

Artikel 372 lid 4

In de MvT wordt verwezen naar art. 380 lid 2. Dit bestaat echter niet. Het is overigens niet duidelijk wat hiermee bedoeld wordt.

Artikel 372 leden 5 en 6

De MvT sluit niet aan bij de tekst van het voorontwerp. In lid 5 is uitdrukkelijk opgenomen dat de akkoordaanbieder binnen *drie dagen* na de stemming een verslag opmaakt, terwijl in de MvT wordt gesteld dat niet is gekozen voor een vaste termijn. Hoe dan ook is een termijn van drie dagen erg kort als het om een omvangrijk akkoord gaat. Voorgesteld wordt hier te bepalen dat het verslag zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk veertien dagen na afloop van de stemming wordt opgemaakt.

Wel is geregeld (lid 6) dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders van het verslag kennis moeten kunnen nemen, maar niet is voorzien in de mogelijkheid tot verzet indien een belanghebbende van mening is dat het verslag niet juist is. Het verdient naar de mening van de Commissie overweging om ook hier expliciet te bepalen dat een reeds benoemde of te benoemen rechter-commissaris tot wijziging van het verslag kan beslissen. Dat lijkt meer voor de hand te liggen dan dat daarover in het kader van een avv-procedure zou moeten worden beslist.

Artikel 373

Artikel 373 lid 1

Uitgangspunt van het voorstel is dat een Preventief Akkoord op verzoek van de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden door de rechtbank algemeen verbindend wordt verklaard indien alle door het akkoord gebonden klassen daar vóór hebben gestemd. Dit uitgangspunt is naar de mening van de Commissie juist.

Artikel 373 lid 2

In het geval het Preventief Akkoord is verworpen omdat een of meer klassen hebben tegengestemd, biedt het voorstel met art. 373 lid 2 een evenwichtige oplossing. In dat geval kan de schuldenaar of de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden de rechtbank verzoeken dat akkoord niettemin verbinden te verklaren. De rechtbank gaat daartoe over indien zij van oordeel is dat de klassen die niet met het akkoord hebben ingestemd in redelijkheid dat juist wel hadden moeten doen. In de onderdelen a - d worden vervolgens een aantal concrete omstandigheden opgesomd die maken dat de rechtbank daartoe juist weer niet kan overgaan. Deze "nee, tenzij, tenzij" systematiek levert in de ogen van de Commissie op zich een genuanceerde en een evenwichtige regeling op.

De Commissie heeft evenwel moeite met het in art. 374 lid 2 onder c vermelde uitgangspunt dat het omslagpunt van redelijkheid en onredelijkheid van het akkoord gelegd wordt bij het bedrag waarop de schuldeiser zou mogen rekenen indien een faillissement zou volgen (blz. 68 MvT). De Commissie ziet een aantal bezwaren tegen dit omslagpunt. Ten eerste: het Preventief Akkoord beoogt de onderneming te saneren, zodat deze haar *going concern* waarde herkrijgt. Het is niet onredelijk dat een schuldeiser weigert om afstand te doen van zijn rechten zonder dat hem een vergoeding voor of een aandeel in dat 'upside potential' van het Preventief Akkoord wordt toegekend. Ten tweede: een vergelijking met de hypothetische opbrengst bij een opvolgend faillissement kent vele onzekerheden, die niet alleen voortvloeien uit de moeilijkheden bij het schatten van de liquidatiewaarde van de activa. De praktijk toont aan dat een niet te verwaarlozen kans bestaat dat de opbrengst hoger is dan de vooraf geschatte waarde bij een hypothetisch faillissement. Daarbij dient tevens de vraag gesteld te worden of bij de opbrengst van een hypothetisch faillissement rekening gehouden moet worden met opbrengsten uit procedures ex art. 42 e.v. Fw en de artikelen 2:138 e.v. en 2:248 e.v. BW. Ten derde: een akkoord beëindigt en voorkomt geschillen betreffende de onderlinge verhoudingen (omvang van vorderingen) en rangorde tussen de schuldeisers. Ook deze omstandigheid rechtvaardigt een "*creditors bargain*" waaraan onder omstandigheden een waarde kan worden toegekend. Ten vierde: dit uitgangspunt in het voorstel wringt met het gegeven dat het akkoord niet aan alle schuldeiser en aandeelhouders hoeft te worden aangeboden. De schuldeisers die niet door het akkoord worden geraakt, worden voldaan zonder rekening te houden met een 'discount' van een hypothetisch faillissementsscenario. In relatie tot het laatste krijgt deze groep dus als het ware een

overcompensatie die daaruit bestaat dat de kredietwaardigheid (of v.w.b. aandeelhouders: winstgevendheid) van de schuldenaar door het Preventief Akkoord toeneemt. In een faillissement situatie zou dit voordeel over alle schuldeisers (en in theorie ook aandeelhouders) worden verdeeld. Ten vijfde: dit uitgangspunt is niet te rijmen met de gedachte dat de aandeelhouders in het akkoord betrokken worden, althans op zodanige wijze dat die nog een belang in de schuldenaar overhouden - in dat geval zou immers het “upside potential” van de gesaneerde onderneming wél aan de aandeelhouders (van wie de aandelen op basis van een faillissementsscenario in veruit de meeste gevallen nihil zal zijn) toevallen maar niet aan de schuldeisers.

De Commissie merkt verder op dat de belangrijkste klasse van preferente schuldeisers gevormd zal worden door de Ontvanger der Belastingen die belast is met het innen van preferente belastingen en sociale verzekeringspremies van gelijke hoge rang. Het invorderingsbeleid van de Ontvanger is thans ingekaderd door de Leidraad Invordering. Uit de Toelichting wordt niet duidelijk of beoogd wordt dat de (on-)redelijkheidstoets in het geval van de Ontvanger niet alleen op grond van het criterium van art. 373 lid 2 onder c wordt bepaald maar tevens op grond van een gepubliceerd algemeen beleidskader zoals thans de Leidraad Invordering. Het is wenselijk dat het voorstel op dit punt helderheid biedt - in ieder geval in de toelichting.

Het uitgangspunt van art. 373 lid 2 onder c is ook niet te rijmen met het in art. 373 lid 2 onder a genomen uitgangspunt dat pand- en hypotheekhouders niet geacht kunnen worden onredelijk stemgedrag te vertonen indien die klasse tegenstemt omdat het akkoord minder inhoudt dan de onderhandse verkoopwaarde. Dit verschil in uitgangspunten⁵ is eens te meer ongerijmd, omdat nu juist pand- en hypotheekhouders als separatist geen verdere bevoegdheid hebben dan om het onderpand executoriaal te verkopen. Weliswaar kan een executoriale verkoop onder omstandigheden onderhands plaatsvinden, maar dat is niet het zelfde als een niet-executoriale onderhandse verkoop. Een faillissementsliquidatie is in de kern niets anders dan een executoriale verkoop. De Commissie beveelt dan ook aan om het omslagcriterium voor de vraag of een klasse in redelijkheid handelt voor deze klassen (a en c) gelijk te trekken.

De Commissie is voorts van oordeel dat dit omslagcriterium voor de leveranciers van goederen onder eigendomsvoorbehoud (art. 373 lid 2 onder b) niet zou behoren te liggen bij de prijs waarvoor de goederen aan de schuldenaar zijn geleverd, maar dient te worden bepaald aan de hand van de waarde van de goederen zoals die zich ten tijde van het aanbieden van het akkoord bij de schuldenaar bevinden met als maximum de verkoopwaarde. Die waarde zou (tot aan het vermelde maximum) op dezelfde wijze dienen te worden bepaald als de waarde van de andere activa in relatie tot de klassen genoemd onder a en c. Het op dit onderdeel gehanteerde waarde begrip past slechts bij het uitoefenen van het recht van reclame (art. 7:39 e.v. BW en 8:228/838 BW), en het ligt niet in de rede om aan te nemen dat een Preventief Akkoord zal worden aangeboden aan schuldeisers die het recht van reclame kunnen uitoefenen, althans voor zover hun vordering bestaat uit de verkoopprijs van de geleverde goederen.

De Commissie stemt in met de aan het voorstel ten grondslag liggende gedachte dat slechts in uitzonderlijke gevallen van een schuldeiser kan worden verlangd dat deze zijn (zekerheids-)rechten niet kan uitoefenen zolang het akkoord niet is aanvaard. Alleen wanneer degene die het akkoord aanbiedt aannemelijk maakt dat een schuldeiser evident onredelijk handelt, zal de voorzieningenrechter kunnen ingrijpen. Voor een generieke maatregel, zoals een

⁵ De Commissie wijst op haar opmerkingen in het algemene deel, inhoudende dat het Voorstel verschillende waarde begrippen hanteert zonder daaraan een duidelijke betekenis te geven.

afkoelingsperiode, bestaat naar het oordeel van de Commissie geen ruimte. De Commissie verwijst naar haar opmerkingen daarover bij art. 3c lid 4.

Wel merkt de Commissie hier nog op dat een wettelijke regeling ontbreekt over de rechtsgevolgen van het aanvaarden van en het algemeen verbindend verklaren van een Preventief Akkoord (of een akkoord in Insolventie) in verband met het uitgeoefende eigendomsvoorbehoud. Het is denkbaar dat dit rechtgevolg in het akkoord wordt uitgeschreven, maar het verdient aanbeveling om dit in de wet te regelen ter bescherming van de overige schuldeisers. Of onderdeel b van art. 373 lid 2 veel praktisch nut zal hebben is overigens maar de vraag, omdat een schuldeiser die een eigendomsvoorbehoud heeft bedongen zijn goederen zal kunnen terughalen voordat over het akkoord gestemd wordt indien hij vreest dat hij door toepassing van dit artikel zal worden benadeeld.

Artikel 373 lid 3

Op de regel van art. 373 lid 1 en lid 2 bestaat een uitzondering, namelijk dat de rechtbank het Preventief Akkoord niet algemeen verbindend verklaart indien het - kort samengevat - (art. 373 lid 3 onder a) een onevenredig nadeel toebrengt aan een of meer schuldeisers of aandeelhouders; of (art. 373 lid 3 onder b) de nakoming van het akkoord onvoldoende is gewaarborgd; of (art. 373 lid 3 onder c) het akkoord door bedrog of begunstiging of anderszins met oneerlijke middelen is tot stand gekomen; of (art. 373 lid 3 onder d) er andere zwaarwegende redenen zich verzetten tegen een algemeen verbindendverklaring. De Commissie meent dat de MvT voldoende duidelijke handvatten biedt voor de criteria als genoemd in art. 373 lid 3 onder a, terwijl de criteria onder b, c en d bekend zijn uit de huidige bepalingen betreffende de homologatie van het Insolventie Akkoord.

De Commissie meent dat met de systematiek van 'ja tenzij' (lid 1 en lid 3) en 'nee tenzij, tenzij' (lid 2 en lid 3) een goed en genuanceerd evenwicht gevonden is, dat voldoende recht doet aan de uiteenlopende en vaak tegenstrijdige belangen van de verschillende schuldeisers onderling en in de verhouding tot de schuldenaar.

Artikel 373 lid 4

Art. 373 lid 4 bepaalt - kort samengevat - dat als de toekomstige verplichtingen uit een ten tijde van de aanbieding van het Preventief Akkoord bestaande rechtsverhouding worden gewijzigd, de wederpartij bij die rechtsverhouding de bevoegdheid krijgt om die rechtsverhouding te beëindigen. Het idee is dat op die manier wordt voorkomen dat een wijziging van de rechten van de schuldeiser in een dergelijk geval voor de laatste onredelijk bezwarend is. In haar commentaar bij art. 368 lid 1 adviseerde de Commissie om te verduidelijken welke rechtsgevolgen aan een beëindiging van de wederkerige overeenkomst zijn verbonden. Vanuit het oogpunt van een zoveel mogelijk gelijke behandeling van de schuldeisers lijkt het de Commissie gewenst dat wordt vastgelegd dat een dergelijke beëindiging de betrokken schuldeiser in beginsel het recht geeft om schadevergoeding te vorderen op grond van niet nakoming door de schuldenaar en dat deze schadevergoedingsvordering gewijzigd kan worden door het Preventief Akkoord.

Het voorstel wil de schuldenaar de bevoegdheid geven om de rechter die de algemeen verbindend verklaring uitspreekt te verzoeken om nadere voorwaarden aan de beëindiging te stellen, waarbij als voorbeelden genomen worden een nader te bepalen (later in de tijd gelegen) beëindigingsdatum of de buitenwerkingstelling van een boeteclausule.

De Commissie meent dat dat de bevoegdheid van art. 373 lid 4 niet alleen aan de schuldenaar moet worden gegeven maar ook aan de schuldeiser die het akkoord heeft aangeboden. Ook het

toepassingsgebied zou moeten worden beperkt naar overeenkomsten die bestaan zowel op de dag van de aanbieding van het Preventief Akkoord alsook op de dag dat de rechtbank het algemeen verbindend verklaart.

Artikel 374

De Commissie acht het wenselijk om hier een bepaling op te nemen die regelt welke rechtbank op welke gronden bevoegd is, juist ook in verband met de internationale rechtsmacht (zie daarover de opmerkingen van de Commissie bij art. 384).

De Commissie acht de termijnen kort, zeker in verband met het buitengerechtelijke karakter van de procedure voorafgaand aan het indienen van een verzoekschrift tot algemeen verbindend verklaring. De Commissie beveelt aan dat in art. 370 wordt opgenomen dat het voorstel van het akkoord moet vermelden welke minimum termijn van niet minder dan 8 dagen zal worden aangehouden voor het indienen van een verzoek tot algemeenverbindendverklaring na het opmaken en verspreiden van de in kennisstelling van de uitslag van de stemming als bedoeld in art. 372 lid 6. Op die manier wordt bereikt dat de betrokken schuldeisers (en juist ook de buitenlandse schuldeisers die niet bekend zijn met de Nederlandse wetgeving) van meet af aan op de hoogte (kunnen) zijn van alle termijnen die voor hen van belang zijn.

De Commissie wijst hierbij op de in de inleiding van dit advies door haar gemaakte opmerking dat het goed zou zijn de behandeling van Preventieve Akkoorden bij één rechtbank te concentreren.

Artikel 376, 377, 379 en 380

Het voorstel is niet helemaal duidelijk of het beoogt dat de procedure in eerste aanleg en hoger beroep een andere is dan de verzoekschriftprocedure van art. 261 Rv (behoudens de bijzondere termijnen).

De Commissie geeft in overweging om het debat over de algemeen verbindendverklaring van een Preventief Akkoord niet per se te beperken tot de schuldenaar, de betrokken schuldeisers en de betrokken aandeelhouders. Er kunnen immers andere partijen zijn van wie de belangen gemoeid zijn met het Preventief Akkoord, waarbij vooral te denken valt aan het personeel (ondernemingsraad en representatieve vakbonden) maar mogelijk ook concurrenten en afnemers. Weliswaar kan een Preventief Akkoord niet door deze belanghebbenden worden aangeboden en raakt dat akkoord de arbeidsovereenkomsten van de werknemers niet, maar dat neemt niet weg dat er zwaarwegend belangen van maatschappelijke aard met de algemeen verbindend verklaring gemoeid kunnen zijn, welke belangen relevant kan zijn voor de afwegingen die de rechtbank moet maken. In dat geval zouden deze partijen ook belanghebbende zijn die op een verzoekschrift gehoord kunnen worden en recht van beroep hebben.

Artikel 378

Dit artikel creëert de mogelijkheid dat de rechtbank in de avv-procedure kan bepalen dat partijen de gelegenheid wordt gegeven het akkoord aan te passen of aan te vullen.

Niet geheel duidelijk is wat hier onder '*partijen*' moet worden verstaan. Partijen in de avv-procedure zijn immers naast de aanbieder van het akkoord (in ieder geval) ook de in de avv-procedure opkomende schuldeisers en aandeelhouders. Moet hen ook de gelegenheid tot aanpassing of aanvulling worden gegeven? Is het, gedacht vanuit een akkoord als een overeenkomst tussen partijen, de bedoeling dat het oorspronkelijk aangeboden akkoord door de aanbieder wordt

aangepast en dat er weer een gehele nieuwe stemmingsprocedure komt, waarin alle partijen weer hun stem kunnen doen gelden, waarna de avv-procedure wordt hervat? Staat dit dan niet gelijk met het in de MvT bedoelde *nieuwe* akkoord, wat de wetgever kennelijk niet wil omdat dat tijd en geld kost?

Als dat allemaal niet de bedoeling is: wat wordt dan met dit onderdeel van het voorstel beoogd? Dat alleen de aanbieder het akkoord aanpast en dat de rechtbank daar dan over beslist, zonder dat de betrokken schuldeisers en aandeelhouders daarin enige zeggenschap hebben?

Hoe verhoudt zich overigens de aanvulling van art. 378 met de wijziging of aanvulling door de rechter-commissaris als bedoeld in art. 371 lid 1 sub b? Gaat het in laatstgenoemd artikel uitsluitend om een verduidelijking vanwege 'een goede oordeelsvorming' en bij art. 378 om een wezenlijke verandering?

Kortom, de voorgestelde regeling is onduidelijk. Het verdient daarom aanbeveling deze te verduidelijken.

Artikel 384: Internationale bepalingen

De formulering van art. 384 is zodanig dat het aansluiting zoekt bij de voorstellen tot wijziging van de Europese Insolventieverordening ("EIV")⁶. De Commissie beveelt aan de bepaling zodanig te maken dat deze inhoudelijk aansluit bij en voldoet aan de voorwaarden die gelden om te kwalificeren als reorganisatieprocedure in de zin van de (gewijzigde) EIV, en er voorts op toe te zien dat de regeling van de algemeen verbindendverklaring van het Preventief Akkoord voldoet aan de eisen van de EIV (rechterlijke bevoegdheid en publiciteit).

Eén van de belangrijkste voorwaarden van toepasselijkheid van de EIV is dat de 'Center of Main Interest' (COMI) in Nederland is gelegen, omdat anders de Nederlandse rechter niet bevoegd zal zijn om kennis te nemen van een verzoek als het onderhavige - althans niet met het gevolg dat het Preventief Akkoord erkend wordt in de overige EU Lidstaten.

Eén van de redenen waarom de Engelse *Scheme of Arrangement* succesvol wordt toegepast, is dat de bevoegdheidsgrondslag van de rechter veel breder is dan het COMI criterium. Het *Scheme of Arrangement* is thans geen procedure waarop de EIV van toepassing is.

De Commissie geeft in overweging het mogelijk te maken dat de rechtsmacht van de rechtbank niet alleen gebaseerd kan zijn op COMI, en op een "vestiging" in de zin van art. 1 lid 1 EIV (en in dit geval de regeling zodanig is dat de algemeen verbindverklaring van het Preventief Akkoord in de EU Lidstaten wordt erkend), maar ook op de aanwezigheid van vermogensbestanddelen van de schuldenaar in Nederland, zonder dat sprake is van een vestiging in de zin van de EIV, of van een woonplaats in de zin van art. 1:10 BW/art. 2 lid 1 Fw, of van een filiaal ('kantoor'). In het laatste geval zal het Preventief Akkoord wellicht niet buiten Nederland in de EU kunnen worden erkend op grond van de EIV, maar dat neemt niet weg dat op grond van nationale wetgeving het toch in andere EU lidstaten of van andere landen kan worden erkend of afgedwongen.

Amsterdam, 12 december 2014

⁶ De definitieve tekst daarvan is op 5 december 2014 gepubliceerd: Voorstel voor een Verordening Van het Europese Parlement En De Raad tot wijziging van Verordening (EG) nr. 1346/2000 van de Raad betreffende insolventieprocedures/"COM/2012/0744 final – 2012/0360 (COD)*"; zie <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52012PC0744&from=en>.