

MEMO

Aan Ministerie van Veiligheid en Justitie
Van L.C.H.J. Hox en J.W.P. Tulfer
Plaats/Datum Eindhoven, 27 november 2017
Betreft Reactie van het Team Insolventie & Herstructurering van Boels
Zanders Advocaten inzake de consultatie Wet homologatie
onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement

L.s.

Hierbij doen wij u toekomen de reactie van het Team Insolventie & Herstructurering van Boels Zanders Advocaten inzake de consultatie Wet homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (hierna: het "*Voorstel*"). Deze reactie is als volgt opgebouwd:

- Deel 1: bestaat uit een aantal meer algemene opmerkingen.
- Deel 2: bestaat – voor zover relevant – uit een artikelsgewijs commentaar.

Deze inleiding willen wij afsluiten met de mededeling dat het Team Insolventie & Herstructurering van Boels Zanders Advocaten het toejuicht dat (wederom) een voorstel wordt geconsulteerd ter zake een onderhands akkoord buiten faillissement. De praktijk heeft behoefte aan een dergelijk instrument. Deze behoefte bestaat niet alleen bij grote (internationale) ondernemingen, maar ook zeker bij de (groot) MKB praktijk.

1. Deel 1: algemene opmerkingen

1.1 Positie werknemers

Het Voorstel en de memorie van toelichting bij het voorstel (hierna: "MvT") maken op diverse punten volstrekt duidelijk dat de bepalingen ter zake het buitengerechterlijke akkoord niet van toepassing zijn op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar. Politiek gezien is dat een begrijpelijke (en veilige) keuze, maar het is juridisch en economisch gezien een gemiste kans.

In de praktijk slaagt een herstructurering buiten faillissement vaak niet omdat het werknemersbestand niet of onvoldoende kan worden gereorganiseerd. Een reorganisatie in faillissement is dan alleen nog mogelijk, omdat daarin diverse arbeidsrechtelijke bepalingen (waaronder ontslagbescherming) geen toepassing vinden. In deze reactie pleiten wij niet om alle arbeidsrechtelijke bescherming bij een buitengerechterlijk akkoord te laten varen, maar het zou wellicht wel opportuun zijn om niet al te rigide aan alle rechten van werknemers vast te houden.

Werknemers zijn immers ook gediend met een akkoord buiten faillissement, dus waarom zouden werknemers niet binnen bepaalde bandbreedtes hieraan mogen bijdragen.

Een tweetal voorbeelden kan dit verhelderen.

Voorbeeld 1. Het is niet ongebruikelijk dat werknemers, om allerlei verschillende redenen, veel (bovenwettelijke) vakantie- en andere verlofdagen '*sparen*'. De werkgever zal hiervoor een voorziening op zijn balans moeten opnemen, want de dagen kunnen nog worden opgenomen of moeten op enig moment worden uitgekeerd. Een dergelijke post kan zwaar drukken op de balans. Het is moeilijk denkbaar dat werknemers niet zouden mogen bijdragen aan de sanering van de schuldenlast door deels te worden gekort in hun bovenwettelijke vakantie en/of andere verlofdagen (wettelijke verlofdagen zouden hiervan moeten worden uitgesloten).

Hierbij zal naar onze mening een onderscheid gemaakt moeten worden tussen de werknemers wiens rechten worden aangetast als gevolg van een breder reorganisatietraject en de werknemers die daardoor niet worden geraakt. Het zou onredelijk zijn indien de werknemers die als gevolg van een breder reorganisatietraject moeten afvloeien ook nog geheel of deels afstand moeten doen van hun opgebouwde vakantierechten. Van de werknemers die niet hoeven af te vloeien kan dit worden geleverd omdat de sanering van die betreffende schulden bijdraagt aan het behoud van de onderneming én hun arbeidsplek.

Het saneren van deze schulden zou naar onze mening alleen moeten plaatsvinden nadat advies is gevraagd aan de ondernemingsraad (mits die is ingesteld). De OR dient hiervoor dus een adviesrecht te verkrijgen in welk kader de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) aangepast dient te worden.

Voorbeeld 2. Uit het Voorstel (paragraaf 3.3.; pagina 8 e.v.) volgt duidelijk dat de wetgever reeds aanneemt dat het buitengerechtelijke akkoord veelal deel zal uitmaken van '*een breder reorganisatietraject waarbij naast een herstructurering van schulden ook sprake is van een aanpassing van de bedrijfsvoering om kosten te besparen*'.

Deze verwachting lijkt ons gerechtvaardigd. Voorkomen dient immers te worden dat de sanering slechts soelaas biedt voor de korte termijn, maar de (onderliggende) problemen voor de lange termijn niet worden opgelost. Ook dit zal maken dat een buitengerechtelijk akkoord vaak zal samenvallen met een reorganisatie van het personeelsbestand.

De vraag is alsdan gerechtvaardigd of, bij een reorganisatie die samengaat met een buitengerechtelijk akkoord ter voorkoming van een faillissement, het recht op een transitievergoeding niet moet komen te vervallen. Het alternatief ten opzichte van

een buitengerechtelijk akkoord zal veelal een faillissement zijn waarbij de werknemers ook geen recht hebben op een transitievergoeding.

Bij de invoering van de Wet Werk en Zekerheid is de transitievergoeding in het leven geroepen. Met betrekking tot de transitievergoeding is in artikel 7:673c lid 1 BW bepaald:

"De transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 673, lid 2, en 673a, lid 1, is niet langer verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is."

Door de Minister is bij de parlementaire behandeling duidelijk gemaakt dat ook al wordt in surseance en/of faillissement gerealiseerd dat de onderneming kan worden gecontinueerd, dit geen verschil maakt en de werknemers niet alsnog recht hebben op een transitievergoeding. De Minister heeft destijds gesteld dat het doel is dat het reorganiserend vermogen van de onderneming wordt versterkt. Dat is hetzelfde doel dat wordt beoogd met het onderhavige wetsvoorstel. Vanuit die optiek bezien, is het in lijn met de huidige wetgeving dat bij homologatie van een buitengerechtelijk akkoord de transitievergoeding ook niet (langer) is verschuldigd.

1.2 Deskundige

Op diverse plaatsen in het Voorstel en de MvT wordt gerept over de mogelijkheid om een deskundige te benoemen. Opvallend is dat – in eerste instantie – alleen de schuldeiser kan bewerkstelligen dat een deskundige wordt benoemd (artikel 371 lid 1 en 2 Voorstel).

Via een omweg kan de schuldenaar overigens alsnog bewerkstelligen dat een deskundige wordt benoemd. Een omweg zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de DGA, die in dit voorbeeld zelf ook een schuldeiser is van de schuldenaar, niet namens de schuldenaar een buitengerechtelijk akkoord aanbiedt, maar hiertoe overgaat als schuldeiser van de schuldenaar (conform de route van artikel 371 Voorstel). Ook zou een omweg kunnen zijn dat de schuldenaar, in het geval van een geschil, zelf de Rechtbank een suggestie doet om een deskundige te benoemen (conform artikel 376 lid 3 Voorstel). Het probleem van de route via artikel 376 lid 3 Voorstel is dat er alsdan reeds een conflict is te managen, want artikel 376 Voorstel vindt slechts toepassing als er reeds een geschil is.

Een schuldenaar kan evenwel onder omstandigheden er belang bij hebben om reeds eerder een deskundige te betrekken, bijvoorbeeld als een soort mediator maar veel liever nog als een soort procesbegeleider (zoals de Ondernemingskamer die benoemt). Een schuldenaar zou hiervan profijt kunnen hebben als er al een bron van (potentieel) conflict is of er wantrouwen bestaat. De deskundige straalt

onafhankelijkheid uit, iets dat de eigen adviseurs van de schuldenaar niet kunnen uitstralen.

Het benoemen van een deskundige zou uiteraard niet verplicht moeten zijn, maar naar onze mening zou de schuldenaar wel in artikel 370 Voorstel de mogelijkheid moeten worden geboden om zelf te vragen om een deskundige.

Ter zake de deskundige ontbreekt nog een opvallende bepaling. Het zou voor alle partijen wenselijk zijn dat de deskundige – in beginsel – ook zal worden benoemd als bewindvoerder in een opvolgende surseance van betaling of als curator in een opvolgend faillissement. Een dergelijke bepaling is ook voorzien voor WCO I waarbij de beoogd curator – in beginsel – wordt benoemd tot curator. Een dergelijke bepaling is wenselijk omdat de deskundige veelal een schat van (dossier)kennis zal opdoen tijdens zijn aanstelling en het zonde (nog daargelaten duur) zou zijn dat die kennis verloren gaat. Daarbij zou dit een natuurlijk drukmiddel kunnen vormen om te voldoen aan de informatie en medewerkingsverplichting zoals die is omschreven in artikel 371 lid 3 Voorstel.

Voorts maakt het Voorstel en de MvT niet volstrekt duidelijk voor wiens rekening de kosten van de deskundige komen. Uit artikel 381 lid 3 sub g Voorstel kan, uit de weigeringsgrond voor homologatie, worden opgemaakt dat de wetgever voor ogen heeft dat de kosten voor rekening van de schuldenaar komen. Dat is ook het meest logisch bezien vanuit het systeem van de faillissementswet. Deze bepaling maakt evenwel niet duidelijk of betaling van het salaris ook is geborgd indien het buitengerechtigd akkoord niet slaagt, geen homologatie plaatsvindt, en/of nadien een surseance van betaling of een faillissement volgt. Het zal zodoende veel gebruikelijker zijn dat de deskundige, net zoals een adviseur van een bedrijf in moeilijkheden, slechts op basis van voorschot zal willen werken. Hiervoor zou een wettelijke regeling moeten komen waarbij de betaling van zijn loon niet (achteraf) aangetast kan worden door een curator indien het akkoord niet slaagt. Bovendien zou het ook mogelijk moeten zijn om financiering te verstrekken al dan niet met zekerheid voor de betaling van de kosten van de deskundige.

Tot slot zou het, in geval een akkoord (deels) uit toekomstige kasstromen moet worden betaald (wat niet ongebruikelijk is), wenselijk zijn als de deskundige kan worden benoemd door de Rechtbank ter waarborging dat het gehomologeerde akkoord wordt nagekomen. Een dergelijke regeling bestaat ook in andere Europese landen (zoals Finland). Uiteraard zal nagedacht moeten worden over de inhoudelijke invulling van deze mogelijkheid.

1.3 Vooraf minnelijke regeling.

In de MvT is opgenomen dat het dwangakkoord wordt gezien als uiterste redmiddel en van de schuldenaar eerst wordt verwacht dat hij met zijn schuldeisers een minnelijke regeling te treffen.

Om aan deze eis te voldoen, zal dus eerst door de schuldenaar met één of meer schuldeisers overleg gevoerd moeten worden om te bezien of deze schuldeisers bereid zijn in het kader van een minnelijke regeling genoeg te nemen met een deel van hun vordering. Het probleem dat hierdoor kan ontstaan is dat alsdan in de markt bekend wordt dat er problemen zijn bij de schuldenaar waardoor leveranciers weigeren nog langer te leveren. Ook kan dit tot gevolg hebben dat incassomaatregelen eerder worden ingezet.

In de MKB praktijk blijkt dat het overleg met schuldeisers in het merendeel van de gevallen tot gevolg heeft dat de bedrijfsvoering van de schuldenaar ernstig wordt aangetast en alsdan een faillissement niet langer voorkomen kan worden. Hoewel het begrijpelijk is dat de wetgever wenst dat eerst onderling overleg wordt gevoerd, is onze verwachting dat een dwangakkoord daarna moeilijk tot niet realiseerbaar is.

1.4 Insolventietoets

In de MvT wordt bij artikel 376 lid 1, 3 en 4 melding gemaakt van een insolventietoets die zo nodig door de rechter verricht dient te worden. Is hiermee dezelfde toets bedoeld zoals door de rechter wordt toegepast bij de vraag of een verzoek tot faillietverklaring dient te worden gehonoreerd? Bij een verzoek tot faillietverklaring is er echter tenminste 1 crediteur die daadwerkelijk de stap heeft gezet om een verzoek in te dienen. Dat hoeft bij het indienen van een akkoord nog niet het geval te zijn. Ook het dreigen met een faillissementsaanvraag heeft vaker tot doel om de vordering te innen in plaats van daadwerkelijk het faillissement gerealiseerd te krijgen. Wij achten het daarom zinvol indien er concrete eisen zijn waaraan tenminste voldaan zou moeten zijn om de insolventietoets te kunnen doorstaan.

1.5 Behoud van rechten indien daar in het kader van het bereiken van een akkoord van wordt afgezien en het akkoord mislukt.

Het is mogelijk dat voorafgaand of ten tijde van het indienen van het akkoord bepaalde schuldeisers rechten hebben (we denken hierbij bijvoorbeeld aan vuistpandhouders en retentor). Om het akkoord succesvol te laten zijn is het vaak noodzakelijk dat de onderneming wordt gecontinueerd. Om die reden bevat het voorstel ook de bepaling dat wederkerige overeenkomsten niet kunnen worden beëindigd als gevolg van het indienen van een akkoord.

Indien het echter noodzakelijk is dat de zaak waarop een vuistpandrecht of retentierecht wordt uitgeoefend in de macht van de schuldenaar komt, zal de schuldeiser daaraan over het algemeen slechts meewerken als hij volledige betaling ontvangt. Indien hij immers zijn vuistpandrecht of retentierecht opgeeft en het akkoord mislukt, is de schuldeiser zijn bevoorrechte positie kwijt. Teneinde de mogelijkheden om de onderneming voort te zetten te vergroten zou het goed zijn als de schuldeisers met een vuistpandrecht of retentierecht hun voorrang op de zaak behouden als zij dit recht prijsgeven teneinde de voortzetting van de onderneming te realiseren en het akkoord alsnog mislukt.

1.6 Na homologatie van akkoord alsnog faillissement.

In theorie is het mogelijk dat na homologatie van een akkoord alsnog binnen afzienbare tijd sprake is van een faillissement. Indien alsdan door een rechter wordt geoordeeld dat er sprake is van bestuurdersaansprakelijkheid (2:9 BW of 2:248 BW) zullen de schuldeisers die een deel van hun vordering teniet hebben zien gaan als gevolg van een akkoord geen profijt kunnen hebben van het feit dat de bestuurder alsnog aansprakelijk wordt geacht. Dit klemmt indien het onbehoorlijk bestuur ook deels ziet op de periode waarover schulden van crediteuren zijn gesaneerd. Dit zou mogelijk misbruik in de hand werken en wellicht zal hiervoor een oplossing moeten worden bedacht.

2. Deel 2: artikelsgewijs commentaar

2.1 Artikel 42a

Hieraan zou moeten worden toegevoegd dat de lening ook tot doel kan hebben om de kosten van de deskundige en/of redelijke kosten van adviseurs te betalen. Het kan immers niet van de schuldenaar worden verwacht dat hij zich niet laat begeleiden in dit soort trajecten. Voor de hand ligt dat er een accountant en/of advocaat betrokken worden. Deze kosten worden gemaakt in het kader van het bereiken van een akkoord en ter vermijding van een faillissement.

Voorts is het zeer gebruikelijk dat leveranciers niet bereid zijn te leveren tenzij openstaande rekeningen uit het verleden worden betaald. In sommige gevallen is er sprake van dwangcrediteuren. Het lijkt ons wenselijk dat expliciet wordt opgenomen dat dwangcrediteuren ook mogen worden betaald. Nu wordt dit niet expliciet duidelijk gemaakt en wordt enkel bepaald dat kosten mogen worden betaald als die redelijkerwijs noodzakelijk zijn. Er kan discussie ontstaan over de vraag of het betalen van dwangcrediteuren onder de noemer "redelijkerwijs noodzakelijk" valt.

Voorts zou naast het verstrekken van zekerheid voor een lening ook het verstrekken van zekerheid voor een borgtocht onder artikel 42a Voorstel moeten vallen. Indien immers geen lening noodzakelijk is, maar een leverancier een

borgtocht eist van een derde als zekerheid voor de leveringen, zou deze derde ook zekerheid moeten kunnen verkrijgen voor de regresvordering die ontstaat indien de leverancier uiteindelijk niet kan worden betaald en de borg wordt aangesproken.

2.2 Artikel 47 Voorstel

Bij invoering van dit artikel ontstaat het risico van misbruik. Het bewerkstelligen van een schorsing zorgt voor de volledige buitenwerkingstelling van de pauliana op grond van artikel 47 Fw. Hoewel dit onder omstandigheden wenselijk is, kan dit ook een onbedoeld neveneffect hebben dat in die periode alsnog selectief kan worden betaald aan bepaalde schuldeisers, bijvoorbeeld gelieerde partijen, terwijl andere partijen niet worden betaald. Hoewel een selectieve betaling, als voor de selectie geen rechtvaardiging bestaat, in beginsel onrechtmatig is, is de route van herstel via de onrechtmatige daad lastiger dan via de route van artikel 47 Fw. Het zou zodoende wenselijk zijn om een hardheidsclausule op te nemen ter voorkoming van misbruik.

Voorts bevat de voorgestelde wijziging geen oplossing voor de situatie dat de schuldeiser die op de hoogte is van het faillissement en het feit dat een akkoord is of wordt aangeboden, betaling ontvangt op een moment dat de aanvraag nog niet is geschorst. Het is immers mogelijk dat tussen het moment van aanvraag en het moment waarop de schorsing ingaat (deze gaat immers pas in op het moment dat er een akkoord wordt ingediend) wel een betaling plaatsvindt. Indien de betaling na de aanvraag, maar voor de schorsing heeft plaatsgevonden en uiteindelijk alsnog een faillissement plaatsvindt, is strikt genomen niet voldaan aan de voorwaarden en is de betaling vernietigbaar. Dat is onredelijk. Indien de schuldeiser ten tijde van de betaling wist dat een akkoord zou worden ingediend en het akkoord daarna ook daadwerkelijk is ingediend, zien wij geen reden om die situatie niet gelijk te trekken met de situatie dat het akkoord ook daadwerkelijk is ingediend.

2.3 Artikel 371 Voorstel

Artikel 371 Voorstel voorziet in een verplichting van de schuldenaar om gevraagd en ongevraagd de deskundige van alle inlichtingen en medewerking te voorzien die de deskundige zegt nodig te hebben om zijn taak uit te oefenen. Het Voorstel voorziet, anders dan de weigering van homologatie, niet in een mechanisme om weigering van deze plicht te sanctioneren.

Het schenden van deze plicht zou, als het buitengerechtelijk akkoord niet slaagt en daarna een faillissement volgt, tevens een reden moeten zijn om een civielrechtelijk bestuursverbod te vorderen. Gedacht kan worden aan een bepaling die inhoudt dat het niet voldoen aan deze verplichting geldt als (kennelijk) onbehoorlijk bestuur en de bestuurder aansprakelijk is voor de door de schuldenaar gemaakte kosten in het kader van het aangeboden akkoord en de eventuele schade die is ontstaan doordat het faillissement is vertraagd. Naar onze mening zullen deze maatregelen (de

bestuurder van de) schuldenaar nopen om de inlichtingenverplichting serieus te nemen. Ook dit vormt een reden om de deskundige te benoemen als curator in een opvolgend faillissement.

2.4 Artikel 372 Voorstel

Het valt toe te juichen dat het Voorstel voorziet in een evenwichtige regeling ter wijzigingen en mogelijk beëindigingen van wederkerige overeenkomsten. Het zou wenselijk zijn nu gekozen is om een beëindigingsregeling te introduceren om een dergelijke regeling ook, in iets aangepaste vorm, in te voeren voor de surseance van betaling en het faillissement. Voorstellen hiertoe bestaan al.

De regeling voorziet thans in de mogelijkheid voor de schuldenaar om een voorstel te doen tot wijziging van de wederkerige overeenkomst waarbij de schuldenaar de mogelijkheid heeft om de overeenkomst te beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn naar plaatselijk gebruik of drie maanden.

Het lijkt niet redelijk de schuldenaar ook een beëindigingsmogelijkheid te geven indien door zijn wederpartij een vooruitbetaling heeft plaatsgevonden voor een prestatie die langer is dan de opzegtermijn. Er hoeft niet altijd een situatie te bestaan waarin de schuldenaar degene is die moet betalen. Vaak is de schuldenaar ook zelf leverancier van andere partijen. Als voorbeeld wijzen wij op de volgende situatie. Indien de schuldenaar bijvoorbeeld verhuurder is, zou de curator van die schuldenaar de huur niet kunnen beëindigen zolang de huurder de huur betaald. Dat zou de schuldenaar dus wel kunnen indien de huurder bijvoorbeeld niet instemt met een huurverhoging.

Naar onze mening dient de wederpartij er ten opzichte van zijn positie in faillissement niet op achteruit te gaan.

Dit artikel heeft – naar wij begrijpen – ook tot gevolg dat bestaande kredietovereenkomsten gehandhaafd blijven en de schuldenaar van het krediet gebruik kan blijven maken. Mede gezien artikel 375 Voorstel dat bepaalt dat de bank ontvangen betalingen niet mag verrekenen, leidt dat mogelijk tot een verslechtering van de positie van de bank.

2.5 Artikel 375 Voorstel

Dit artikel voorziet in de instelling van een afkoelingsperiode.

Allereerst is opvallend dat alleen een afkoelingsperiode kan worden verzocht door de schuldenaar. Naar onze mening zou ook, in het geval de schuldeisers hebben verzocht om de aanbieding van een akkoord en zodoende een deskundige is benoemd, een afkoelingsperiode verzocht moeten kunnen worden door bij voorkeur

de deskundige.

Het Voorstel dan wel de MvT zou verder meer duidelijkheid moeten verschaffen over de voorwaarden wanneer gebruik van goederen tijdens de afkoelingsperiode is toegestaan. Deze problematiek is in surseances van betaling en faillissementen nog niet volledig uitgekristalliseerd, een debat wordt hierover gevoerd in de literatuur en dit heeft geleid tot enkele uitspraken. Het zou verhelderend en wenselijk zijn als de wetgever in het Voorstel dan wel de MvT een aantal heldere scheidsregels zou formuleren.

Voorts zou het, omdat een afkoelingsperiode kan worden verzocht zonder dat er een onafhankelijke derde toezicht houdt (zoals een bewindvoerder in een surseance van betaling en een curator in een faillissement), op zijn minst een verplichting moeten zijn dat er een exacte opname wordt gemaakt van de aanwezige zaken per datum gelasten afkoelingsperiode en per datum einde afkoelingsperiode. Deze opname moet desgevraagd worden verstrekt aan betrokken schuldeisers.

Daarnaast zou overwogen moeten worden om een afkoelingsperiode slechts te gelasten indien een deskundige is benoemd. Een afkoelingsperiode is ingrijpend voor de betrokken schuldeisers en eigenlijk is een dergelijke inbreuk alleen gerechtvaardigd als er een onafhankelijk, door de Rechtbank aangesteld persoon toezicht houdt of alle rechten van derden worden gewaarborgd.

Ook een duidelijke regeling van zekerheidsstelling zou wenselijk zijn. De partijen die zaken onder eigendomsvoorbehoud hebben geleverd betalen immers een hard gelach als hun zaken tijdens de afkoelingsperiode worden gebruikt, verbruikt of verwerkt.

Ten slotte wijzen we op het feit dat het Voorstel wel bepalingen omvat over de uitwinning van eigendommen van de schuldenaar tijdens de afkoelingsperiode, maar niet over de uitwinning van eigendommen van derden. Gedacht kan worden aan een regeling die tijdens de afkoelingsperiode ook verbiedt om verhaal te nemen op eigendommen van derden. Hiervoor bestaat de volgende reden.

Als gevolg van de afkoelingsperiode kan de schuldeiser zich niet verhalen op de eigendommen van de schuldenaar. Het is niet ongebruikelijk dat een schuldeiser echter ook zekerheden heeft ontvangen van een derde zoals een bankgarantie of derde pandrecht. De schuldeiser kan deze derde aanspreken en zo nodig de derde zekerheid uitwinnen. Hierdoor ontstaat een regresrecht dat in het akkoord kan worden meegenomen. Het Voorstel geeft daarvoor een regeling. De derde kan echter schade lijden. We geven hiervoor het volgende voorbeeld. Naast de schuldenaar heeft een derde zekerheid gevestigd voor de vordering van de schuldeiser op een zaak van hem. De schuldenaar biedt een akkoord aan. De schuldeiser spreekt de derde aan en wint de zaak uit. De derde verkrijgt een vordering op de schuldenaar voor het bedrag waarvoor hij is uitgewonnen. Deze

vordering kan minder zijn dan de schade die hij lijdt aangezien als gevolg van de uitwinning de zaak voor een laag bedrag is uitgewonnen terwijl de marktwaarde hoger was. Indien vervolgens op grond van het akkoord de derde een groot deel van zijn regresvordering voldaan krijgt betekent dit dat de schuldeiser in het akkoord ook een groot deel van zijn vordering voldaan had gekregen indien hij niet de derde had aangesproken en uitgewonnen. Achteraf beschouwd had de derde dus niet of slechts voor een beperkter bedrag uitgewonnen hoeven te worden en had de derde wellicht het bedrag waarvoor hij werd uitgewonnen kunnen betalen waardoor executie van de aan hem toebehorende zaak niet nodig was geweest.

Omdat de doorlooptijd van de behandeling van een akkoord beperkt is, zou rekening gehouden kunnen worden met de belangen van derden en in dat kader bepaald kunnen worden dat de schuldeiser niet alleen geen verhaal zou mogen nemen op de eigendommen van de schuldenaar, maar gedurende de afkoelingsperiode ook niet op de eigendommen van derden die deze eigendommen in zekerheid hebben gegeven.

We realiseren ons overigens dat de huidige faillissementswet ook niet verbiedt dat eigendommen van derden mogen worden uitgewonnen tijdens de afkoelingsperiode en in zoverre het Voorstel daarmee in lijn is.

2.6 Artikel 376 Voorstel

De argumentatie om artikel 376 Voorstel alleen open te stellen voor de schuldenaar overtuigt niet, de aangekaarte problemen kunnen ook anders worden opgelost o.a. door het hanteren van een strikte termijn. Het is wenselijk dat eventuele geschilpunten, ook als die door de schuldeiser worden aangevoerd, tijdig aan de rechter worden voorgelegd. Dit bevordert naar onze mening de kans op een succesvol akkoord.

2.7 Artikel 381 Voorstel

Aan artikel 381 lid 3 Voorstel zou voorts naar onze mening een aanvullende weigeringsgrond dienen te worden toegevoegd. Deze weigeringsgrond zou ook gelezen kunnen worden in reeds opgenomen weigeringsgronden (zoals veeggrond uit artikel 381 lid 3 h Voorstel), maar is naar onze mening zo fundamenteel dat deze separaat zou moeten worden genoemd. Het betreft de weigeringsgrond bij informatieasymmetrie. Homologatie moet zodoende worden geweigerd als niet aan alle schuldeisers dezelfde informatie wordt verstrekt, tenzij zodanig gebrek redelijkerwijs niet tot een andere uitkomst van de stemming had kunnen leiden.

Toevoegen van deze weigeringsgrond zou artikel 381 lid 3 Voorstel ook (meer) in lijn brengen met artikel 376 lid 1 sub b Voorstel.

Met vriendelijke groet,

Team Insolventie & Herstructurering van Boels Zanders Advocaten
Namens het team: L.C.H.J. Hox en J.W.P. Tulfer